

CAPÍTULO XXXVIII

UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

I. — LA DIVERSA CONSIDERACIÓN LEGAL: 572. La diversa consideración legal. - II. — UNIDAD Y PLURALIDAD DE ACCIONES: 573. "Unidad del hecho" es "unidad de la conducta". 574. La insuficiencia del concepto de conducta como carácter genérico del delito para determinar su unidad. 575. El rechazo del criterio del "uso del lenguaje" o "natural concepción de la vida". 576. El factor final y el factor normativo en la unidad de la conducta. 577. Distintos supuestos de unidad de conducta. III. — EL CONCURSO REAL O CONCURSO DE DELITOS: 578. El concurso real propio. 579. El delito continuado como caso de concurso real aparente. IV. — EL CONCURSO IDEAL: 580. El concurso ideal propio. 581. El concurso ideal impropio o la concurrencia aparente de tipos o leyes penales.

I. — LA DIVERSA CONSIDERACIÓN LEGAL

572. **La diversa consideración legal.** Cuando un sujeto ha cometido un delito, corresponde aplicarle una pena. Si ha cometido varios delitos, corresponderá aplicar varias penas. Este razonamiento es propio de un derecho penal de acto, en tanto que para un derecho penal de autor, cualquiera sea el número de delitos que el autor haya cometido, corresponderá la aplicación de una única sanción adecuada a la personalidad que con sus acciones haya evidenciado¹.

Siguiendo los principios del derecho penal de acto —como acontece en nuestra ley—, debemos partir de la base de que cuando nos hallamos con una única conducta típica (unidad de conducta) también nos enfrentaremos con una pena única, a diferencia del caso en que tengamos varias conductas típicas, en que tendremos varias penas.

A partir del principio de que una conducta sólo puede dar lugar a un delito y de que a cada delito corresponde una pena, se

¹ Cfr. BAUMANN, 667 (con gran claridad).

explica el distinto tratamiento que se reserva al caso en que con una sola conducta se incurre en dos o más tipicidades (concurso ideal), diferenciado del supuesto en que el juez, en el mismo acto, debe juzgar varias conductas que son típicas del mismo o de distintos tipos (concurso real). El concurso ideal es un supuesto de delito único; el concurso real es el caso de dos o más delitos.

Frente a este fenómeno que se plantea al derecho penal de acto, puede reaccionarse de un modo simplista: cuando hay varias penas, porque hay varias conductas, éstas se *suman*, en tanto que cuando hay sólo una conducta, debe aplicarse una única pena, que será la correspondiente a la tipicidad más grave en que esa conducta incurra, incluyendo en ellas a las restantes. Al principio por el cual las penas de las distintas conductas típicas se suman, se le llama *principio de la acumulación*, y al que tiene por efecto la aplicación de la pena de la tipicidad más grave, *principio de la absorción*. Según este razonamiento simplista, en el concurso real se *suman* las penas y en el ideal de la penalidad más grave *incluye* a las más leves.

El *principio de la absorción* es el que *efectivamente* adopta nuestro código para el *concurso ideal*, que establece que "cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor" (art. 54).

En cuanto al *concurso real*, sin embargo, con razón se *aparta del principio de la acumulación* (suma). El art. 55 establece un régimen de pena de cuyos detalles nos ocuparemos luego², pero cuya caracterización general corresponde que hagamos aquí.

El principio de la acumulación ha sido durante criticado afirmando que tiene un grave inconveniente que lo hace notoriamente injusto: desde un punto de vista matemático puede decirse que la suma de las penas obra sobre un sujeto como una *progresión geométrica*, porque no es igual una pena de un año de prisión que esa misma pena agregada a otra de dos años y cumplida sin interrupción³. Aunque no se comparta totalmente esta crítica, lo cierto es que la aplicación ilimitada de este principio conduciría, a penas prácticamente perpetuas, sin contar con que, frecuentemente, estaría imputándole al sujeto circunstancias que deben tenerse en cuenta para la culpabilidad y para la peligrosidad, que bien pueden ser idénticas. A estos argumentos se añaden, como

² V. infra, § 648.

³ Cfr. SAMSON, 341.

necesario e innegable refuerzo, el principio superior de racionalidad de la pena, que se vería seriamente afectado con el funcionamiento descarnado del principio de acumulación. Por esa razón, *nuestra ley rige el concurso real por el principio de la aspersión*, que se regula por la *agravación* de la pena. A partir de la pena de mínimo mayor, se asperja ésta con las restantes, resultando así agravada hasta poder llegar excepcionalmente a alcanzar la suma de todos los máximos, pero incluso en ese supuesto, nunca podrá exceder el máximo de la especie de pena de que se trate. De este modo se forma la "pena total" que está constituida por la pena de mínimo mayor asperjada con las restantes. Esa es la solución de nuestro art. 55.

Sintéticamente dicho: nuestro art. 54 establece que a una única conducta con tipicidad plural (un único delito) corresponde una única pena, que es la más grave y que incluye a las más leves (*principio de la absorción o inclusión*). Nuestro art. 55 establece que a varias conductas típicas (varios delitos) corresponden varias penas, haciendo con ellas una pena total integrada por la de mínimo mayor asperjada con las restantes (*principio de aspersión o agravación*). Para este último supuesto *rechaza el principio de la acumulación o suma*.

Los autores suelen mencionar en la legislación comparada otros principios. Así Samson llama "*principio de combinación*" al que combina las penas que corresponden a los distintos tipos que el autor ha cumplimentado con su conducta. Tal sería el caso previsto en el art. 56 de nuestro código, en cuanto a que la inhabilitación y la multa se aplican invariablemente, además de la aspersión que tenga lugar respecto de las otras penas⁴. Creemos que la citada "combinación" no es más que una forma de la aspersión. "Asperjar" significa "hisopear", rocear con un hisopo, algo así como lo que hace un sacerdote cuando bendice y, en tal sentido, que a la pena de prisión agravada se le agregue la de inhabilitación o la de multa, no nos parece sino una consecuencia más del principio de aspersión. Blei, por su parte, habla del *principio de exclusión*⁵, que aplica al caso del concurso aparente de leyes, es decir, al caso en que no hay una concurrencia de leyes, por lo que *no pueden incluirse* en la pena las penas de las leyes que en realidad no concurren. Se plantea como un principio opuesto al de absorción, lo que resulta lógico, pero en realidad, creemos que no se trata de un verdadero principio para resolver el caso de la pluralidad, sino que es una consecuencia directa de la naturaleza meramente aparente de la concurrencia.

El mismo autor trata como "*principio de la unidad de pena*" al que unifica la pena desde el punto de vista del autor, es decir conforme a

⁴ V. SAMSON, 342.

⁵ BLEI, 301.

las consideraciones de un derecho penal de autor. Hemos visto que este principio no tiene aplicación en nuestro derecho y que, en consecuencia, no corresponde que nos ocupemos de él. Con buen criterio, sin embargo, podría ser aplicado en el derecho del menor, que tiene otras bases diferentes.

El aspecto individualizador de la pena conforme a estos principios es cuestión de la que habremos de ocuparnos al tratar la coerción penal, pero, de momento, lo que nos interesa es la determinación de los presupuestos para esta individualización, es decir, *cuándo hay un delito y cuándo una pluralidad de delitos*.

Nuestro código se ocupa en el art. 54, del supuesto en que, "un hecho cayere bajo más de una sanción penal", en tanto que los arts. 55 y 56 atienden al caso en que "concurrieren varios hechos independientes". El supuesto del art. 54 es el *concurso ideal* y el de los arts. 55 y 56 el del *concurso real*.

Hay dos órdenes de supuestos que el código no menciona. Uno de ellos tiene lugar cuando: 1º) no hay concurso real, sino sólo, una pluralidad de reiteraciones que tiene por resultado aumentar el contenido injusto del hecho; 2º) no hay una concurrencia de tipos en una misma conducta, sino que la concurrencia es únicamente aparente. En realidad ambos supuestos son precisiones que contribuyen a delinear mejor los anteriores, pues *lo decisivo será determinar cuándo hay una conducta y cuándo una pluralidad de conductas*. Habiendo una conducta puede haber un concurso ideal—ser típica de varios tipos penales— o bien puede suceder que eso no ocurra porque la concurrencia de tipos no pase de ser una mera apariencia (fenómeno llamado "concurso aparente de leyes o tipos" o "unidad de ley"). Habiendo varias conductas sólo puede haber un concurso real, pero bien puede suceder que la pluralidad de conductas sea aparente, porque en realidad se trate sólo de una reiteración que sigue configurando una única conducta sólo que con un mayor contenido de injusto (es el caso del "delito continuado").

En este sentido resulta muy claro Max Ernst Mayer, quien distinguía entre la concurrencia real e ideal (o de leyes) en sentido propio y en sentido impropio. La concurrencia de leyes era impropia (o aparente) "cuando de varias leyes que se encuentran sobre una y la misma acción, debe excluirse la aplicación de todas las que excedan de una mediante reglas científicas o de interpretación"⁶. De este modo, frente a la concurrencia ideal propia, oponía una concurrencia ideal aparente o impropia, y también hacía lo mismo frente al concurso real propio, al que

⁶ MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1923, p. 501.

contraoponía, como "concurso real impropio" (o aparente) al delito continuado⁷.

Esta conclusión se nos impone, porque no encontramos otra explicación satisfactoria al diverso tratamiento del concurso real o ideal, si prescindimos de la consideración de que en el art. 54 se regulan las consecuencias de un delito y en el art. 55 las de una pluralidad de delitos. Si considerásemos que la tipicidad plural de una conducta multiplica el número de delitos, no quedaría ninguna explicación satisfactoria para la distinción en cuanto a las consecuencias. Por otra parte, el desvalor múltiple no multiplica el objeto desvalorado. Con feliz expresión, dijo Mezger, que el que tiene un caballo de carrera blanco no tiene dos caballos —uno blanco y otro de carrera— sino un solo caballo al que se asignan dos propiedades: la de ser blanco y la de ser de carrera⁸.

Con toda precisión dice Maurach que el concurso ideal es una "unidad de acción con pluralidad de tipos"; "una consideración necesariamente combinada del mismo suceso bajo distintos aspectos valorativos"⁹. Esta "teoría de la unidad" es compartida por Baumann y otros autores¹⁰. En contra de ella se pronuncian Schönke-Schröder y H. Mayer, para quienes el número de conductas no tiene por qué determinar el número de delitos y una conducta puede dar lugar a una pluralidad de delitos¹¹. Por supuesto que para sostener que una conducta puede dar lugar a dos o más delitos es decisivo el concepto de delito que se maneje¹². Schmidhäuser trata de precisar las ideas refiriéndose al "hecho penal como concepto y como valoración"¹³. Precisamente aquí está la diferencia: si el desvalor crea el objeto, como puede sostenerse con una teoría del conocimiento idealista, la desvaloración múltiple multiplicará al delito. Desde este ángulo tiene razón H. Mayer cuando le reprocha a Mezger que el ejemplo del caballo es un argumento de éxito aparente, porque "nunca puede compararse un ente corporal con un acontecer social". Jescheck afirma que es sólo una cuestión de palabras la que media entre ambas teorías¹⁴. Insistimos en que no nos convence esta última opinión, como

⁷ Idem, p. 511.

⁸ MEZGER-BLEI, 305; en el "Libro de Estudio", Bs. As., 1958, p. 326; lo repite BAUMANN, 594-5 (ed. 1966); la cuestión está tomada de Platón y la duplicación de caballos fue sostenida seriamente por Antístenes (V. ABBAGNANO, I, p. 68).

⁹ MAURACH, 749.

¹⁰ BAUMANN, 667; BLEI, 304; HIPPEL, II, 505; etc.

¹¹ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 613; MAYER, HELLMUTH, *Grundriss*, 1967, p. 191.

¹² Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit.

¹³ SCHMIDHÄUSER, 576.

¹⁴ JESCHECK, 587; reconocen que en el concurso ideal hay un único delito BRUNO, ANÍBAL, II, 293; BASILEU GARCÍA, II, 502; MAGALHAES NORONHA, I, 286; otra opinión: SALGADO MARTINS, 262.

tampoco la "teoría de la pluralidad" de delitos en el concurso ideal, porque si hay varios delitos en el art. 54 y también varios en el art. 55, no vemos la razón de una regulación separada.

Tratándose de una cuestión que nos lleva a determinar cuándo hay un delito y cuándo una pluralidad de delitos, se trata de una cuestión que pertenece por esencia a la teoría del delito y que aquí debe ser expuesta y precisada. Tampoco sus consecuencias penales pueden hacernos desistir de su consideración en la teoría del delito, pues éstas son, precisamente, consecuencias. Estamos "en el corazón de la dogmática penal, allí donde los problemas relativos a la pena y a los criterios de aplicación de la misma, tienen sólo un reflejo secundario, si bien se puede decir correctamente que el concurso de delitos constituye un puente de paso entre la doctrina del delito y la de la pena"¹⁵.

Hay general acuerdo en ubicar los concursos en la teoría del delito, aunque en la doctrina nacional no falta una tendencia a tratar al concurso aparente como un problema de ley penal¹⁶, en tanto que el resto de la cuestión es tratado en la teoría del delito. La doctrina alemana contemporánea rechaza esta escisión¹⁷, que se remonta a Binding. El argumento en que se apoya la misma es que se trata de reglas para la interpretación de la ley¹⁸. En una concepción clara de la dogmática, se demuestra la endeblez de esta argumentación.

Sintéticamente planteada, la total problemática del concurso, sería la siguiente:

1. Pueden concurrir en una única conducta varios tipos (leyes), lo que se llama *conurrencia ideal o de leyes*; tiene por efecto que la pena del tipo más grave absorba (contenga) a las de los tipos más leves.

2. Pueden concurrir en un único pronunciamiento condenatorio judicial varias conductas (delitos), lo que se llama *conurrencia real o de delitos*; tiene por efecto que la pena de mínimo mayor sea asperjada con las restantes (se agrave).

3. En el concurso ideal hay que cuidar que la concurrencia de tipos sea efectiva, pues puede darse una *conurrencia aparente de tipos o de leyes*.

¹⁵ BETTIOL, 604.

¹⁶ Así, FONTÁN BALESTRA, I, 235; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 141.

¹⁷ Cfr. WELZEL, 233; BLEI, 299; STRANTENWERTH, 319; JESCHECK, 578; MAYER, H., *Grundriss*, 1967, 189; SCHMIDHÄUSER, 586; MAURACH, 749; hacen excepción BOCKELMANN (233) y BAUMANN (666).

¹⁸ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*

4. En el concurso real, hay que cuidar que se trate efectivamente de una pluralidad de conductas, pues puede darse una reiteración que sólo aumente el contenido injusto del delito (*delito continuado*).

Nuestro primer paso será ocuparnos de establecer cuándo hay una unidad a cuándo una pluralidad de conductas.

La distinta consideración de ambos supuestos se halla en toda nuestra tradición legislativa, al igual que la distinción entre el concurso real y el presupuesto de la reincidencia. "El concurso se diferencia de la reincidencia en que ésta requiere la comisión de un nuevo delito luego de una condena por sentencia firme, mientras que el concurso exige, precisamente, que no media aquel requisito"¹⁹. Tejedor, no obstante, consideró a ambas como "motivos generales de aumentar las penas" (art. 175). El art. 176 del Código Tejedor decía: "Hay reiteración cuando se encuentran reunidos en un mismo malhechor, dos o más crímenes no castigados todavía y que deben ser juzgados en un solo proceso, y por el mismo tribunal". El art. 177 establecía la pena de la reiteración. El art. 178 decía: "Si el crimen se comete muchas veces contra la misma cosa o persona, las diferentes acciones con que se haya continuado no se considerarán sino como una sola; pero si el mismo culpable comete muchos crímenes al mismo tiempo y por una misma acción, se le aplicará la pena correspondiente al crimen mayor". Esta última disposición se refería, pues, al delito continuado y al concurso ideal, en tanto que el art. 176 lo hacía al concurso real. La fuente directa eran los arts. 108 a 110 del código de Baviera.

El *proyecto de Villegas, Ugarriza y García* disponía en el art. 99: "Al culpable de dos o más delitos se le impondrán las penas correspondientes a las diversas infracciones". "El sentenciado cumplirá todas las condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves". El *Código de 1886* se ocupa de regular el problema en tres disposiciones que complican el sistema de Tejedor: art. 85: "Si se ha reiterado el mismo delito contra las mismas personas o cosas, o si el mismo malhechor comete delitos de diferente especie por otras tantas acciones..." (siguen las reglas para la pena). Art. 86: "Si un delito de la misma especie se comete varias veces contra una misma persona o cosa, se castigará el acto más grave y los otros se considerarán circunstancias agravantes". Art. 87: "Si el mismo culpable, con ocasión de la ejecución del delito que se propone cometer, perpetrare otros, se le aplicará la pena del más grave y los otros, se considerarán circunstancia agravante".

El proceso legislativo de simplificación que concluirá en la fórmula del Código de 1921, se inicia con el *Proyecto de 1891*, arts. 78, 79 y 80, cuya fuente más importante parece ser el código holandés (arts. 55 al 61). El art. 78 del Proyecto de 1891 decía: "Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se aplicará solamente la que fije pena mayor. Si un hecho estuviere diferentemente reprimido por una disposición

¹⁹ CREUS, 143.

general y por una disposición especial, se aplicará la última". El art. 79 decía: "Si varios hechos, aunque cada uno de ellos tomado aisladamente fuere punible, son de tal modo conexos que deban ser considerados como una sola acción continua, se aplicará la disposición legal que fije la pena mayor". Los artículos 80 y 81 se referían a los supuestos de concurrencia de "varios hechos independientes", correspondiendo a los vigentes arts. 55 y 56. El art. 82 corresponde al vigente art. 57.

La configuración vigente la toman estas disposiciones en el *Proyecto de 1906* (art. 58 a 62), que se reproduce en el de *1916* (art. 58 a 62), pasando a los arts. 54 a 58 del *Proyecto de 1917*.

El *Proyecto de 1937* no definía al concurso real, ocupándose sólo de la forma de penarlo (arts. 67 a 71) y definía al ideal cuando "con un solo hecho se ha infringido más de una disposición de este código" (art. 72). En el *Proyecto de 1941* había concurso ideal cuando "con una sola acción u omisión, violase diversas disposiciones legales" (art. 14), en tanto que había concurso real si "con designios independientes, con una o más acciones u omisiones, cometiere dos o más violaciones de las disposiciones legales". También se ocupaba del delito continuado (art. 17). Para el *Proyecto de 1951* había concurso ideal "cuando un hecho estuviere contemplado en dos o más figuras legales, cuyos respectivos integrantes fueren natural o jurídicamente inseparables" (art. 37) y el concurso real "cuando con una acción u omisión se incurriese en la misma o en distintas figuras delictivas, que sólo fueren ocasionalmente inseparables, o cuando se cometieren hechos delictivos distintos" (art. 38). El *Proyecto de 1953* preveía en su art. 41 "cuando un hecho encuadrare en dos o más figuras delictivas susceptibles de ser aplicadas simultáneamente"; el art. 42 se ocupaba del supuesto en que "dos o más hechos dependieren entre sí, en relación de medio a fin y encuadraren en dos o más figuras delictivas susceptibles de aplicarse simultáneamente"; el art. 43 trataba de la concurrencia de "varios hechos independientes". El *Proyecto de 1960* preveía en sus arts. 79 y 80 la concurrencia de varios hechos independientes", extendiendo las mismas reglas al caso en que "un solo hecho importe la violación de varios preceptos penales que sean aplicables simultáneamente" y al delito continuado (art. 81). Análogas disposiciones contenía el *Ante-proyecto de parte general de 1973* (arts. 81, 82 y 83). El *Proyecto de parte general de 1974-1975* contenía en sus arts. 15 y 16 disposiciones que siguen a las vigentes, omitiendo referirse al delito continuado.

Esta distinción tiene una larga tradición jurídica que se remonta al *concursum delictorum* del derecho común²⁰. En general se fue evolucionando del principio de la acumulación —propio de los romanos y germanos— hacia el principio de la absorción²¹.

La crítica se originó en el positivismo crimonológico. Ferri atacó estas distinciones afirmando que "la experiencia común enseña que quien comete más delitos, con o sin condena precedente, es individuo más peligroso que quien deba responder de un solo delito, salvo que éste no

²⁰ Cfr. JESCHECK, 579.

²¹ Para su evolución histórica DAHM, GEORG, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931, 237-248.

demuestre, por las circunstancias personales y materiales, una excepcional perversidad²². El código italiano aplica las mismas reglas respecto de las penas para ambas clases de concurrencia (arts. 78 a 84). Un parecido criterio se ha postulado para la legislación germana en varios proyectos. El proyecto de 1962 no siguió esta orientación, manteniendo el criterio tradicional. La unidad de pena para cualquier caso fue postulada por el proyecto alternativo (§ 64). La distinción en cuanto a las concurrencias se mantiene en el StGB vigente (§§ 52 a 54)²³.

El nuevo código austriaco, en lugar, regula ambas hipótesis en una única disposición, conforme al principio de la absorción (art. 28, párrafo 1). El art. 81 del código italiano también somete ambos casos al mismo principio sólo que con un claro sentido autoritario coincidente con el reflejado por Ferri y los positivistas, aplica el principio de aspersión, combinándolo frecuentemente con el de acumulación. El código suizo, en su art. 68, también da a ambas hipótesis un mismo tratamiento, pero, de toda forma, el principio de aspersión que aplica está limitado, pues el aumento no puede ser superior a la mitad de la pena máxima conminada. En Francia, el art. 351, párrafo 4º, del código de instrucción criminal prevé para el concurso real el principio de absorción.

Con estos pocos ejemplos de legislación comparada, quedan demostradas las distintas tendencias: una de ellas procura distinguir, conforme al derecho penal de acto, la unidad de pena para la unidad de delito, conforme al principio de absorción, y la pluralidad de penas, resuelta por el principio de la aspersión, para la pluralidad de delitos. Tal es la solución del código alemán de 1975 y del nuestro. Otra tendencia trata de dar un único tratamiento a ambas hipótesis, pero no pueden pasarse por alto —porque aquí hay una clave importantísima— las características de ese tratamiento. Para unos textos rige el principio de la absorción (austriaco y francés), mientras que en otros se manifiesta la tendencia autoritaria al hacer operar el principio de la aspersión (italiano) y, en medio, un sistema que aplica el principio de aspersión aunque limitando estrictamente la agravación (suizo). La solución del código italiano —que es la peor y más grave de todas— responde al criterio idealista que lo inspira: hay tantos delitos como infracciones legales. Desde el punto de vista realista, la solución que se impone es la de nuestra ley, en base a que la racionalidad de la pena impide que se puedan dar las mismas consecuencias penales para un delito que para varios delitos.

La solución francesa y austriaca, indica una tendencia unificadora prudente, en cuyo sentido no se distingue de la solución suiza, y cuya conveniencia cabe meditar. Lo que a todas luces resulta inadmisibles de *lege lata* es la amplitud ilimitada que otorga nuestro código, que permite llegar a la acumulación misma.

²² FERRI, *Principii*, 666-7.

²³ Sobre ellos BOCKELMANN, 234; SAMSON, §§ 52 a 54.

II. — UNIDAD Y PLURALIDAD DE ACCIONES

573. “*Unidad del hecho*” es “*unidad de la conducta*”. El criterio para determinar cuándo hay un delito y cuándo una pluralidad no puede consistir en el número de resultados. Este antiquísimo criterio distintivo ha sido completamente desechado en la doctrina alemana, aunque la doctrina nacional pretende aún ver la pluralidad de delitos donde hay una pluralidad de resultados. El concepto se limita en distinta medida, según los autores, pero subyace en varios intentos constructivos”²⁴.

Para fundamentar esta posición se construye una teoría que quiere distinguirse de la que sostiene el criterio de la unidad de acción, y que se basa en la expresión “hecho” de los arts. 54 y 55. Así, se afirma que “hecho” no es acción y se bautiza a la teoría como “teoría de la unidad del hecho”, aunque es una posición que oculta su verdadero nombre, que es “unidad de resultado”.

Núñez, fundando esta posición, dice que “precisamente, por los excesos a que se llegó considerando, vgr., como hipótesis de concurso ideal, la del disparo único (acción subjetiva) que mataba a varias personas, o la del veneno echado en la comida que exterminaba a una familia, la jurisprudencia toscana terminó por rechazar que la unidad de acción subjetiva constituyera la base fáctica del concurso ideal. Y, precisamente, el legislador italiano de 1889, del que, en realidad, deriva la teoría y el texto del art. 54, sustituyó en la fórmula toscana *una acción por un hecho*”²⁵.

Esa posición se funda en dos órdenes de argumentos históricos y “gramaticales”²⁶. El argumento histórico pretende que cuando el proyecto de 1891 adoptó un texto similar al vigente, adoptó la tesis de la “unidad del hecho” y abandonó la “unidad de acción”²⁷.

Las disposiciones que se citan como fuentes de los arts. 78 y 81 del proyecto de 1891, fuentes directas de nuestros textos vigentes, son los arts. 55 y 57 del código holandés y 65 del código belga²⁸. El art. 55 del código holandés, dice: “Cuando varias disposiciones de la ley penal son aplicables al mismo hecho, no se aplicará más que una, y en caso de diferencia, la que establezca la pena principal. Si existiese una ley penal especial para un hecho al que fuere aplicable una disposición general, sólo se aplicará la especial”. El art. 57 del código holandés, dice: “Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos actos independientes, y constituyendo varias infracciones castigadas con penas de la misma naturaleza, no se impondrá más que una

²⁴ Así, SOLER, II, 294-6; NÚÑEZ, II, 227; FONTÁN BALESTRA, III, 47 y ss.; TERÁN LOMAS, II, 266 y ss.

²⁵ NÚÑEZ, *Manual*, 312.

²⁶ Por los argumentos “gramaticales”, FONTÁN BALESTRA, loc. cit.; otra opinión, NINO, CARLOS, *El concurso en el derecho penal*, Bs. As., 1972, pp. 33 y 37; AVILA, JUAN JOSÉ, *Algunas ideas sobre el problema del concurso ideal*, en LL, 126 (1967), 1127 y ss.

²⁷ Así, SOLER, II, 298; FONTÁN BALESTRA, III, 48.

²⁸ V. *Proyecto*, 1891, pp. 281-2.

sola pena. El máximun de esta pena será la suma de las penas más elevadas establecidas para estos hechos, pero sin que se eleve a más de un tercio sobre el máximun de la mayor". El art. 65 del código belga dice: "Cuando un mismo hecho constituya varias infracciones, se pronunciará solamente la pena más grave".

Como puede verse, en modo alguno se impone en estos textos que cada resultado sea un delito. El informe que acompañó al proyecto original belga decía muy claramente que cuando alguien envenenaba en un mismo acto a varias personas, se trataba de un concurso ideal²⁹, lo que, si bien no es aceptable, excluye claramente la hipótesis del concurso real. Tanto no excluye la unidad de acción la disposición del proyecto de 1891, que Julio Herrera, que fue su comentador cuando estaba incorporado al proyecto de 1906, entendió que se afiliaba a la teoría de la unidad de acción, que él criticaba³⁰.

Por otra parte, la afirmación de que en el proyecto de 1891 cada resultado es un "hecho" se derrumba frente a la disposición del inc. 3º del art. 111, que penaba con presidio perpetuo "al que matare a la vez a dos o más personas". Por si alguna duda quedase, los mismos autores, en la "Exposición de Motivos" se encargan de disiparla: "Introducimos en el inc. 3º el caso previsto en el artículo 280 del código de Hungría, porque el homicidio de varias personas por un solo hecho, por ejemplo un envenenamiento, puede no entenderse comprendido en las reglas dadas para la concurrencia de hechos punibles"³¹.

Además, a simple vista puede verse que los citados artículos del código holandés guardan gran similitud con los párrafos 73 y 74 del viejo código alemán, no pudiendo asignársele una significación tan importante al cambio de la voz "acción" por "hecho", máxime en un texto como el nuestro, que usa "hecho" en múltiples sentidos y trata de evitar voces tales como "acción" y "conducta" a lo largo de todo su texto.

En la doctrina y en la jurisprudencia holandesas, desde la sanción del código en 1881, tampoco fue unívoca la interpretación, puesto que se ha discutido mucho si por "un hecho" debe entenderse "un hecho material" o "una conducta (o comportamiento) físico", habiendo variado los criterios de la casación. Se señalan tres períodos al respecto en la jurisprudencia de casación (uno que va de 1881 a 1932(otro de esa fecha hasta 1961, y un tercero que llega al presente), en que se marchó de la unidad de la acción a la del resultado, volviendo luego hacia la unidad de la acción, particularmente por los serios problemas que planteaba acerca del alcance del *non bis in idem*^{31 bis}. En realidad, el planteamiento de la juris-

²⁹ NYPPELS, op. cit., I, p. 112.

³⁰ HERRERA, JULIO, 580-1.

³¹ Proyecto, 1891, p. 115.

^{31 bis} J. M. VAN BEMMELEN, *Ons strafrecht, 1. algemeen deel het materiële strafrecht*, 1975, pp. 370 y ss.

prudencia holandesa de 1961 es contundente incluso entre nosotros: quienes sostienen que cada resultado es un "hecho" deberían admitir que aunque el autor de un atentado estuviese condenado en firme por homicidio, podría ser nuevamente procesado y condenado por la misma conducta si se descubriese otro cadáver al remover los escombros diez años después.

Incluso admitiendo que con "hecho" hubiese querido evitarse en el código de Zanardelli que quien con un golpe mata a varios incurra en un solo delito, no puede olvidarse que la mera pluralidad de resultados no era sinónimo de pluralidad de delitos para los intérpretes de aquel texto. Recordemos que Impallomeni sostenía que quien de un solo golpe mataba a dos personas, cometía dos homicidios porque había dos resoluciones y dos fines³². No se limitaban los intérpretes del art. 78 del viejo código italiano a afirmar que cuando había dos resultados había dos delitos, sino que confusamente afirmaban que "por *hecho* es necesario entender... no solamente la obra del agente ni el sólo efecto producido, sino aquél y éste, con todos los elementos constitutivos del delito como están definidos en la ley"³³.

De todo ello se deduce —como además lo dice claramente la misma *Relazione* del código Zanardelli— que se quiso distinguir *azione* de *fatto*, pero que nunca se lo pudo hacer satisfactoriamente, y, como consecuencia de ello, los intérpretes fueron a dar en un criterio bastante confuso, pero que de ningún modo fue la mera unidad de resultado a que alude la doctrina argentina. Con ello afirmamos que la tesis que identifica "unidad de hecho" con "unidad de resultado" no es italiana, sino argentina.

La doctrina italiana se percató de algo que ha pasado por alto a la tesis argentina: en el concurso ideal siempre hay una pluralidad de resultados, porque, como bien dice Bettiol —criticando la palabra *fatto*—, es "una expresión no muy correcta, porque en el concurso ideal los eventos lesivos, que siempre son elementos de un *fatto*, son plurales"³⁴. Esta consideración pesó siempre sobre la perspicacia de los intérpretes de Zanardelli, y no vale que la doctrina argentina pueda argumentar con el caso de los delitos "de pura actividad", porque esos delitos también tienen resultado. Si fuesen consecuentes, sus sostenedores deberían afirmar que quien con un único movimiento toca impúdicamente a dos personas, comete dos abusos deshonestos. En síntesis: ni los autores del proyecto de 1891 ni los italianos intérpretes de Zanardelli pretendieron que la pluralidad de resultados era la de delitos. Ambos quisieron excluir de la absorción penal el caso de quien con un único golpe mataba a varios, pero los primeros lo hicieron con una regla expresa (inc. 3° del art. 111) y los segundos nunca explicaron cómo lo hacían.

³² Cit. por CRIVELLARI, IV, 264-266.

³³ MAJNO, LUIGI, *Commento al Codice Penale Italiano*, Torino, 1924, I, 260.

³⁴ BETTIOL, 608.

En rigor, la cuestión de la “unidad del hecho” nunca fue tranquila en Italia. Impallomeni —a quien siempre se cita como garante de la misma— se ocupa de recordar la posición contraria de Ellero, quien hacía notar que la Corte de Casación de Roma había sostenido la existencia de un único hecho en el caso de un golpe de fusil con pluralidad de víctimas. La tesis de Impallomeni era impugnada por Pietro Lanza ^{34 bis}, quien decía que, pese a la pluralidad de objetos, “la determinación será siempre única en su subjetividad, será única como acto volitivo, que se forma en la psiquis del que ordena la acción a sus propios músculos y a los propios miembros”. Por otra parte, era la tesis sostenida por Carrara, Pessina, Brusa, Napodano, etc.^{34 ter}.

La teoría de que la unidad del “hecho” la proporciona la unidad del resultado, postulada por un sector doctrinario argentino, es contraria a los presupuestos teóricos en que se asienta ese mismo sector. Para afirmar que un disparo de fusil que mata a dos personas da lugar a dos “hechos”, es necesario partir de una tesis totalmente idealista, para la cual el delito no sería una acción sino una “tipicidad”, lo que entra en contradicción insalvable con el fruto de partida heredado de Liszt, que pretende afirmarse en un concepto “naturalista” de la acción. En definitiva, se hace imposible por esta vía explicar al concurso ideal como algo distinto del concurso real, siendo esta contradicción la que en definitiva llevó al código italiano de 1930, aferrándose al idealismo y coincidiendo al mismo tiempo con el derecho penal de autor del positivismo, a identificar ambos concursos y a someterlos al régimen del concurso real en cuanto a la pena, lo que también hicieron los sucesivos proyectos de Soler.

La tesis de que el delito es tipicidad y no acción, está dicho con todas las palabras por Impallomeni, aunque no usase esa terminología, como es lógico. “La acción —decía— no es más que el modo cómo se efectúa la violación de la ley; y el cumplir diversos fines criminales por medio de una sola o de varias acciones es indiferente, puesto que el delito, que es la violación de la ley, no consiste en el medio adoptado; el medio no es más que la condición indispensable para la perpetración del delito”. Esto le permitía afirmar que “la unidad o pluralidad de acciones con que se lesio-

^{34 bis} LANZA, PIETRO, *Osservazioni scientifiche ed esegetiche su alcune forme di concorso di reati*, en sup. de la “*Rivista Penale*”, VI, 217, cit. por IMPALLOMENI, p. 457.

^{34 ter} V. ALIMENA, II, 420.

nan varios derechos no es, en muchos casos, más que un mero accidente que no puede influir sobre la valoración jurídica del hecho”³⁵.

Algo análogo pasaba con Alimena, quien pese a afirmar que el código Zanardelli usaba la palabra *fatto* sólo como indicadora de la exterioridad y que por tal debía entenderse la “objetividad material y jurídica del delito”, sostenía que se podían cometer varios hechos con una misma acción^{35 bis}. Quedaba claro que si la “objetividad podía multiplicar la acción, ello sólo podía ser porque lo que él llamaba “objetividad jurídica” multiplicaba la “objetividad material”, o sea, que lo decisivo era el número de tipicidades y no el de acciones. Obviamente, es la solución de Antístenes: tenemos dos caballos, uno blanco, otro de carrera. La contradicción se agudizaba más cuando se pretendía —y en nuestro país se lo sigue haciendo— que esto tiene lugar en el delito dólolo, pero no en el culposo^{35 ter}.

En cuanto al argumento “gramatical” (o mejor, exegético), creemos que en nuestro código la voz “hecho” está usada en un sentido muy amplio, que siempre deja su precisión a la doctrina y a la jurisprudencia. No vemos que se pueda extraer ninguna consecuencia práctica de una voz que se emplea con semejante amplitud. Más aún: de la misma voz “hecho” surgen argumentos contra la tesis que postula que “el concurso ideal del art. 54 queda reducido al caso de unidad de hecho, entendiéndose por tal también unidad de resultado que pueda ser objeto de más de un encuadramiento legal”³⁶. Basta pensar que el “momento del hecho” del art. 34 no tiene nada que ver con el “momento del resultado” y que la “ejecución del hecho” del art. 45 puede carecer de resultado cuando queda en tentativa.

Aparte de estas concretas consideraciones históricas y dogmáticas, creemos haber demostrado suficientemente a lo largo de nuestra exposición, que específico objeto del desvalor jurídico es invariablemente una conducta humana^{36 bis}, a la cual va anexo un resultado, que es como su sombra, pero que no la integra, que es desvalorado, pero no porque sea un fenómeno físico, sino sólo porque ha sido causado por una conducta humana, sin la cual no hay fenómeno alguno que pueda desvalorar el derecho penal. Dentro del marco de esta teoría de la “unidad del hecho”, Creus clasifica sintéticamente los criterios para determinarla afirmando que hay una “teoría subjetiva, según la cual unidad de hecho existe cuando hay unidad de fin o designio en el autor”; una tesis “subjetivo-objetiva”, según la cual existe unidad de hecho cuando un delito es el

³⁵ IMPALLOMENI, p. 455.

^{35 bis} ALIMENA, BERNARDINO, *Principii di Diritto Penale*, Napoli, 1910, I, 351.

^{35 ter} V. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 456.

³⁶ FONTÁN BALESTRA, III, 70.

^{36 bis} Cfr. WELZEL, 225.

medio utilizado por el autor para cometer otro delito (criterio seguido por el Proyecto de 1953); y "tesis objetivas", en que distingue las de Soler y Núñez. Soler, siguiendo a Alimena, afirma que hay unidad del hecho cuando hay una insuperabilidad "natural o jurídica" de las lesiones que el autor causa (criterio del Proyecto de 1951). Para Núñez la unidad del hecho no dependerá de la del acto típico: hecho único sería el que sus circunstancias permitan ubicarlo en más de un tipo penal³⁷.

Cabe agregar que la teoría de la unidad de la acción —que es a la que nos plegamos decididamente—, tiene antecedentes sumamente ilustres. El P. Pereda la refiere a Suárez con estas palabras: "En él priva, ante todo, el concepto de la acción y como principio fundamental establece que donde hay una acción hay un pecado, digamos nosotros delito; si varias acciones, varios delitos. Si un juez, vgr., saca violentamente a un criminal del asilo sagrado, comete un delito; si vuelve y saca a otro; comete otro distinto; pero si con sus dos manos, como él dice, coge a dos y los saca a la vez, comete un solo delito. El que con un solo disparo mata a varios, es reo de un solo delito, porque es única la acción". Aunque Suárez luego oscurece su opinión aceptando que en este último caso pueden considerarse varios delitos y un solo pecado, por razones meramente prácticas, aquí están bien claros los principios de la unidad de la conducta³⁸.

574. **La insuficiencia del concepto de conducta como carácter genérico del delito para determinar su unidad.** Para determinar si hay uno o más delitos tendremos que determinar si hubo una o más conductas, problema que, por cierto, no resulta sencillo. El número de resultados nada tiene que ver con el número de conductas, pues el más elemental sentido común indica que una conducta puede tener una pluralidad de resultados. Toda vez que el mismo art. 54 prevee la posibilidad de que una misma conducta presente una tipicidad plural, no es tampoco el número de tipos el que nos determinará el número de conductas. Tampoco puede pues, caerse en el infantilismo de seccionar la conducta humana en pequeñas unidades fisiológicas, esto es, atendiendo al mayor o menor número de inervaciones musculares. Si bien un solo movimiento puede ser una conducta, la mayoría de los tipos señalan conductas que se integran con una enorme pluralidad de movimientos y que, sin embargo, se presentan como una unidad.

Incluso en el lenguaje corriente no existe otra solución que acudir al "verbo" para denotar la acción, y lo más común es que el verbo nos identifique un comportamiento que implica una pluralidad de

³⁷ V. CREUS, 143-4; una detallada exposición de estos puntos de vista en DE LA RÚA, 727 y ss.

³⁸ PEREDA, JULIÁN, *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959, p. 244.

movimientos. Desde un punto de vista objetivo podemos hallar movimientos aislados y, también, *el curso completo de la existencia humana*, que no deja de presentarse como una unidad. Consiguientemente cuando se trata de saber si hay penalmente una o varias conductas, para nada nos sirven como elementos determinantes, el número de tipos que concurren, el número de resultados que hubiese o el número de movimientos realizados por el sujeto.

Cabe aclarar que aquí no se trata de acudir al concepto de conducta que hemos dado como carácter genérico del delito, ni tampoco de rectificarlo. La conducta es siempre una actividad final o voluntaria —que es lo mismo— y eso queda inalterado en nuestro tratamiento. Desde un punto de vista dogmático, con esta idea —que se corresponde con lo óntico— señalamos los requerimientos mínimos que debe tener un fenómeno para que sea susceptible del desvalor penal³⁹.

Aquí no se pone en duda que la conducta sigue siendo actividad final tanto en el plano óntico como jurídico-penal, sino que se trata de averiguar cuándo una porción de la actividad final de un individuo debe ser considerada en forma unitaria a los efectos penales y cuándo debe serlo en forma plural. Esto ya no puede provenir de lo óntico, sino que, respetando la necesaria base óntica de la cual no puede desligarse, obviamente depende de un criterio valorativo. La actividad final humana es un presupuesto absolutamente necesario para que el derecho pueda considerar que una porción de ella configura una unidad a los efectos del desvalor jurídico, pero en modo alguno es ello suficiente, precisamente porque faltará el dato que sólo puede proporcionar la valoración jurídica.

Cuando nos referimos a acciones de educar, de comer o de autorealizarse humanamente, estamos abarcando aspectos amplios o estrechos de la conducta final humana planificada. El verbo, esto es, el símbolo de que nos valemos para denotar la acción (el concepto), es lo que nos delimita el aspecto del hacer humano que nos interesa y al que nos referimos.

Podemos referirnos al hacer humano en pequeño, en cada movimiento, que no por eso dejará de ser final y conforme a plan, aunque se trate de movimientos automatizados. Igualmente, podemos referirnos a la conducta humana “en grande”, como elección existencial, y también será conforme a plan. Un legislador demenciado podría prohibir minuciosamente movimientos, acercándose al criterio fisiológico, que no por eso dejarán de ser actividad final y, desde el punto de vista óntico no podrá decirse que son “pedazos” de acciones, pues para ello habrá que tomar

³⁹ Cfr. JESCHECK, 579.

como referencia un concepto, lo que en lo óntico, sería arbitrario. Otro legislador, más peligroso que el anterior, podría prohibir todo un plan vital, creando tipos de autor, mas no por ello dejará de prohibir conducta final. En este último caso, tampoco podremos afirmar que se trata de varias conductas, pues para ella será necesario acudir a un concepto de referencia, cuya elección siempre será arbitraria en lo óntico.

No es el carácter de conducta final lo que nos indica la unidad o pluralidad de las conductas, porque todo hacer humano es final y planificado, sólo que hay planes mayores y menores, dependiendo todo del punto de referencia que usemos.

Puede argumentarse que un tipo puede tipificar una acción A y otro esa misma acción A y otra B, unidas en un plan común (así, el hurto y la coacción en el robo), pudiéndose afirmar que el primer tipo prohíbe una acción o "media" acción y el segundo dos acciones o una acción, según sea el punto de vista en que se coloque el observador: si a partir del robo miramos al hurto o a la coacción habrá menos que una acción (una parte de la acción de robo), y viceversa, partiendo del hurto o de la coacción habrá dos acciones en el robo. Cualquiera de ambas posiciones resultará arbitraria, porque el problema no puede plantearse en términos que rayan el ridículo al preguntarse si abarcan "una acción" o "menos de una acción", sino en precisar qué actividad final considera el tipo en forma unitaria.

Este dato que delata la consideración unitaria, tampoco lo podemos buscar en el plano óntico acudiendo simplemente a la *unidad de resolución*, puesto que ésta, por sí misma, si bien es necesaria, en modo alguno resulta suficiente, puesto que es obvio que pueden resolverse simultáneamente acciones diferentes: violar y matar, matar y apoderarse del arma, falsificar y hurtar, etc.⁴⁰ De allí que diga Welzel, con razón, que la unidad de la acción se determina atendiendo a dos factores: el final y el jurídico⁴¹, es decir, que la unidad de acción requiere el factor final como fundamental y primario dato óntico, pero no se contenta con el mismo.

575. El rechazo del criterio del "uso del lenguaje" o "natural concepción de la vida". Hemos adelantado implícitamente nuestra opinión acerca de que la unidad de conducta requiere una unidad de resolución y un elemento o determinante normativo, pero antes de explicitar esta posición, deseamos dejar aclarado el rechazo de otros criterios propuestos.

Hemos rechazado que hubiese una unidad de acción en sentido "natural", como no sea la integrada por un único movimiento, pero:

⁴⁰ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 586.

⁴¹ WELZEL, 224.

a la que sería ridículo pretender reducir la cuestión. “En ningún caso hay una característica *natural* de la conducta humana, que como tal decida por sí en forma exclusiva si esta conducta configura una acción en sentido jurídico o una pluralidad de unidades de acción independiente”⁴². Con razón se ha observado que la unidad natural de la acción fracasa porque “*in rerum natura* no existe unidad ni pluralidad” y que “tal criterio redundante por fuerza en pura arbitrariedad”^{42 bis}.

Fracasado el criterio puramente “natural”, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han ensayado apelar al “uso del lenguaje”, es decir, a un concepto de “unidad de acción” entendido como dado por la “natural concepción de la vida”.

Conforme a esta posición, una pluralidad de partes separables que conforman un curso causal, debe considerarse como una unidad de acción, si los distintos actos parciales de una decisión común de voluntad se producen y permanecen témporo-espacialmente en tan estrecha conexión que son percibidos como una unidad por un observador no partícipe⁴³. Se sostiene que la “natural concepción” de la unidad de acción requiere la decisión común y referencias témporo-espaciales: “la unidad de la conducta del autor presupone tanto una dependencia temporal como adecuada a la voluntad”⁴⁴. Mediante este criterio, que puede ser objetivo, el Tribunal Federal entendió que varias acciones impúdicas ante o sobre un niño se consideran como una única acción, que hay unidad de acción cuando se sigue cometiendo un robo después de cesada la perturbación causada por la interferencia policial, que también la hay cuando, fallando un medio para cometer un homicidio, se aplica inmediatamente uno diferente, etc.⁴⁵

La inseguridad de este criterio ha llevado al Tribunal Federal a intentar una ampliación del concepto por medio de la “unidad de decisión”, lo que lo desvirtuó totalmente. Por reducción al absurdo podría considerarse una unidad de acción “natural”, en base a la voluntad única de fugar, actos tales como conducir sin licencia, lesión grave, resistencia a la autoridad, etc.⁴⁶

Afirma con razón Jescheck que la fórmula de la “natural con-

⁴² BLEI, 304.

^{42 bis} MANTOVANI, FERRANDO, p. 407; CORREIA, EDUARDO, II, 199.

⁴³ V. JESCHECK, 580; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 586.

⁴⁴ BAUMANN, 670.

⁴⁵ Jurisprudencia del Tribunal Federal cit. por JESCHECK, loc. cit.

⁴⁶ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 586.

cepción de la vida” no aclara sino que encubre los verdaderos fundamentos para la distinción entre unidad y pluralidad de acciones, pues no hay unidades sociales de acción prejurídicas a las que el derecho penal pueda subordinarse, ni tampoco puede ser decisiva la unidad del plan del autor, pues frecuentemente la decisión única a varios actos particulares no puede ser considerada una única acción ⁴⁷.

La cierto es que el pretendido concepto de “unidad por la natural concepción de la vida” ha sido una fórmula hueca, que quedó vacía de contenido porque la jurisprudencia alemana no la usó en un sentido único, sino en varios sentidos distintos ⁴⁸, lo que la hizo prácticamente inútil.

576. **El factor final y el factor normativo en la unidad de la conducta.** Si bien hasta aquí hemos rechazado varios criterios que pretenden determinar la unidad de conducta prescindiendo de lo normativo, tales como el que pretende hacerlo por el número de resultados o mediante la apelación al “uso del lenguaje” (ideas totalmente objetivista y arbitraria una y completamente instintiva y oscura otra), lo dicho no implica que el derecho pueda establecer la unidad y la pluralidad de la acción prescindiendo de todo dato óntico.

Hemos dicho que en todo momento debe respetarse la estructura lógico-objetiva que vincula al legislador y, consiguientemente, jamás podrá negarse que para que haya una unidad de conducta se necesita una *actividad final*. Este presupuesto necesario es el que Welzel llama *factor final* de la unidad de acción y que otros autores llaman “unidad natural” —cuidando distinguirlo de la “natural concepción de la vida” ⁴⁹— y otros “unidad simple”.

a) *La actividad final de la que debemos averiguar si configura una unidad de conducta, puede integrarse con uno o con varios movimientos.* En caso de integrarse con un único movimiento, no hay ninguna discusión posible, porque sólo puede haber una única acción, una única conducta. Cada movimiento voluntario es a la conducta lo que cada átomo —en el sentido de los filósofos antiguos materialistas— es a la materia: una unidad mínima, que no puede dividirse sin que la conducta desaparezca. Prejurídicamente, cada

⁴⁷ JESCHECK, loc. cit.; en sentido crítico también BLEI, 304; MAURACH, 734; STRATENWERTH, 327; SAMSON, 345.

⁴⁸ Cfr. MAIWALD, MANFRED, *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964, pp. 113-5.

⁴⁹ Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 584; BOCKELMANN, 234.

movimiento voluntario tiene sentido, pero también pueden tenerlo conjuntos de ellos e incluso todos ellos, que configuran la "conducción de la vida". De allí que siempre que un conjunto de ellos tenga sentido por responder a una finalidad establecida en una única resolución, *puedan* ser desvalorados conjuntamente como unidad a los efectos de la prohibición, y, además, surge claramente que el relevamiento de este conjunto como *unidad de sentido* para la prohibición, es una cuestión que únicamente incumbe al tipo penal.

El factor normativo es el que nos dice cuándo una única resolución que da un sentido final a varios movimientos puede ser relevada como una unidad por el tipo, pero lo que el legislador —el tipo— no puede hacer es destruir la expresión mínima de la conducta humana, que es el movimiento único.

"Así, es una acción la de arrojar una granada de mano, independientemente de que ella mate a varios hombres, mate a un hombre y lesione a otros o lesione a hombres y dañe la propiedad privada"⁵⁰. Afirma Blei que "en la doctrina y en la jurisprudencia está fundamentalmente reconocido que allí, donde una simple unidad de acción semejante está dada, nunca existirá una pluralidad de acciones independientes en sentido jurídico y nunca podrá dividirse en una pluralidad de hechos"⁵¹, no obstante lo cual, de inmediato neutraliza esta claridad expositiva al ocuparse de casos considerados como "excepciones" a esta regla, con lo que derrumba un principio que el legislador no puede tocar, porque implica negar lo que está en el mundo, que sólo puede valorar o desvalorar, pero no cambiar.

Blei hace una verdadera profesión de fe idealista cuando afirma que "de cualquier modo es seguro que tales excepciones no están excluidas, puesto que el derecho, en toda aspiración por conformar sus regulaciones a la realidad natural, no puede ser privado de abarcar el acontecer real que subyace a un aspecto valorativo como una pluralidad de unidades de sentido, para someterlo a su consideración"⁵².

De los propios casos discutibles que expone Blei surge que, en general, no puede afirmarse que se presenten como excepciones al principio general de que un solo movimiento voluntario puede dar lugar únicamente a una unidad de conducta. Así, el mismo Blei reconoce que no puede seguirse el criterio de quienes pretenden que el principio queda invalidado en caso de bienes jurídicos altamente personales, puesto que implicaría sembrar la mayor inseguridad jurídica en la interpretación de la ley. En el mismo sentido cabe expedirse en el caso de los actos del partícipe: lo que decide la unidad no es el acto del autor, sino el del partícipe. Algo parecido sucede en el caso del periódico en que pueden publicarse simultáneamente dos artículos, uno calumnioso y otro

⁵⁰ BLEI, 304; cfr. WELZEL, 225; BOCKELMANN, 235; MAURACH, 734.

⁵¹ BLEI, 305.

⁵² *Ibidem*.

desacatante. La publicación de un diario no es un único movimiento, sino una pluralidad muy grande de movimientos con un único momento consumativo. Veremos luego que, justamente, lo cuestionable y que debe ser materia de reflexión, es si esa pluralidad tan compleja es una unidad y en qué casos lo es. Respecto de la unidad en la omisión, que es otro supuesto que inserta en este rubro, nos ocuparemos más adelante.

β) *Con el aspecto verdaderamente problemático de la cuestión nos hallamos cuando hay una pluralidad de movimientos.* En principio, si tales movimientos no responden a un plan común no puede haber unidad de conducta: no hay unidad de conducta si alguien da un abortivo a su mujer sin que surta efecto y luego, a los dos meses, decide llevarla donde un médico para hacerla abortar. *La unidad de plan y la unidad de resolución son requisitos para que haya unidad de conducta.*

Por unidad de plan no hay que entender, por supuesto, una detalladísima planificación, sino una planificación que admita variantes, con una unidad de finalidad: quien viendo que no logra ahorcar a su víctima, decida apuñalarla. Entre este caso y el del aborto hay una diferencia temporal, pero no es ésta la decisiva para la determinación de la unidad, pues la coetaneidad o continuidad temporal, por sí sola, no puede fundar la unidad de la conducta⁵³. La decisivo es que en el caso del aborto hubo *dos decisiones*: una decisión de hacerla abortar mediante un abortivo, que fue desistida, y una segunda decisión, que fue emprendida, con un nuevo plan final. En el caso del apuñalado no se hace otra cosa que alterar el plan primitivo, dentro de una sucesión de movimientos finalmente dirigidos a matar.

La unidad de decisión y la unidad de plan realizados son los configuradores del *factor final* de la unidad de sentido de la acción a los efectos de la prohibición.

Pese al ejemplo de que nos valemos, cabe aclarar que no debe caerse en la confusión entre “factor final” y “dolo único”, puesto que el “factor final” para la consideración de la conducta como unidad de sentido a los efectos de la prohibición, no necesariamente implica dolo. La unidad de resolución es una conducta humana y, por consiguiente, final. Por ende, el *factor final* es indispensable para la unidad de la conducta, sea dolosa o culposa.

No obstante, como ya lo hemos dicho, en estos supuestos con pluralidad de movimientos voluntarios, el “factor final” —que algu-

⁵³ Cfr. BOCKELMANN, 236.

nos llaman “unidad natural”— no es suficiente para garantizar la unidad de la conducta, pues se trata de saber si el derecho prohíbe *todos* esos movimientos como *una* unidad desvalorada, o los hace materia de un desvalor unitario a unos y de otro desvalor unitario a otros, o desvalora cada uno de ellos como unidad.

No se trata de que el derecho penal —el tipo— construya la unidad de la conducta, sino, precisamente, de que cumpla su función, esto es, que releve a los movimientos que sólo están vinculados por el factor final, como una unidad de sentido a los efectos del desvalor jurídico.

Para nosotros está fuera de cualquier duda que este relevamiento como unidad de sentido por parte de la prohibición, presupone invariablemente el factor final o “unidad natural”, pero esta “presuposición” está indicando simultáneamente su insuficiencia. El dato óntico se muestra insuficiente para indicarnos cuándo esos movimientos múltiples vinculados por una única decisión y un único plan, son objeto de un único o plural desvalor. Por consiguiente, se impone que esta tarea sea de incumbencia del plano valorativo. El desvalor no puede alterar al ente desvalorado, pero le da un significado que sólo él puede darle y que en modo alguno puede reclamárselo a lo óntico.

Insistimos en que el legislador no es omnipotente a este respecto, pues no puede conformar una unidad de conducta prescindiendo del “factor final”. Respetando el “factor final” puede o no dotarlo del “factor normativo” y dar lugar a una consideración unitaria de la conducta, pero no puede hacer una unidad de lo que ónticamente es una pluralidad. Esto no puede entenderse en el sentido de que la ley no puede tipificar conjuntamente dos acciones que no respondan a una unitaria voluntad de actuar. Bien puede hacerse: sólo que ésta no será una hipótesis de unidad de conducta. Eso sucede en nuestro art. 165 CP, respecto del homicidio que resultare con *ocasión del robo*, criterio que lo distingue del homicidio calificado del art. 80, inciso 3°⁵⁴, en que se presenta el “factor final”, que en art. 165 falta.

Sería conveniente pensar en una adecuada depuración terminológica que contribuyera a esclarecer al planteamiento de la intrincada problemática de la unidad de acción. En verdad, con la expresión “unidad de conducta” no quiere decirse otra cosa que “consideración unitaria de los movimientos voluntarios (ligados por decisión y plan común) a los efectos de una única desvaloración jurídica”. Esto se impone porque si no existiese el factor final no habría po-

⁵⁴ Así, Sup. Corte de Mendoza, 1965; CCCCap., 1965; en RUBIANES, III, 224.

sibilidad de desvalorarlo como una única conducta y, en caso de no haber pluralidad de movimientos voluntarios, tampoco habrá posibilidad de desvalorarlos como una pluralidad de conductas. Todos sabemos qué es “agua” y también que ésta se forma con moléculas-gramo integradas por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno. Cuando tengamos una molécula-gramo, la podremos valorar en forma múltiple, pero no podremos decir que tenemos “aguas”, sino sólo una única “unidad de agua”, porque cuando pretendemos dividirla, ya no tendremos agua. Cuando tengamos una pluralidad de moléculas-gramo, necesitaremos tenerlas en una cierta relación de continuidad o conjunto para que, según nos parezca, podamos decir que nos hallamos frente a un arroyo, a un río, a un lago, a un mar. Cuando esa pluralidad de moléculas esté separada, no podremos decir que estamos frente a “un mar”. Pero, aún cuando las tengamos juntas y en cantidad enorme, no será la relación entre las moléculas-gramo, sino nuestro criterio de apreciación, el que nos haga hablar del “mar territorial” y del “mar libre”, del Atlántico Norte y del Atlántico Sur, etc.

Hechas estas precisiones no dudamos en suscribir la afirmación de que el criterio de delimitación para la determinación de la consideración unitaria de varios movimientos voluntarios vinculados por el “factor final” es tarea que incumbe a los tipos penales, debiendo extraerse del “sentido de los respectivos tipos penales lesionados, tal como se obtiene mediante interpretación”⁵⁵.

Puede argumentarse contra este criterio que si bien un tipo puede indicar una unidad de sentido, otro puede indicar otra. Esta es precisamente la importancia que tiene el “factor normativo”: cuando un tipo prohíbe el homicidio para cometer un robo, por ejemplo, está indicando que ello tiene una unidad de sentido y, si se comete también el robo, no podrá considerarse que hay un concurso real sino ideal.

Cuando de uno o de ambos tipos que concurren en una misma conducta surge que ésta tiene jurídico-penalmente una unidad de sentido, sólo habrá una única conducta, porque uno o ambos tipos impiden que se destruya esa unidad.

Las dos hipótesis de unidad de conducta que pueden darse son la fisiológica o “natural” —un “movimiento único”— y la unidad de conducta dada por el desvalor unitario, de algunos de cuyos supuestos particulares pasamos a ocuparnos. No debe confundirnos cierta anarquía terminológica que reina a este respecto, pues hay

⁵⁵ Cfr. JESCHECK, 581; MAURACH, 732; WELZEL, 224.

autores que hablan de “unidad natural” cuando se trata de un único movimiento y otros que —por compartir la tesis de la “natural concepción de la vida”— llaman “unidad natural” a una pluralidad de impulsos voluntarios que es considerada unitariamente según esa teoría, pero también hay entre sus partidarios, quienes la denominan “unidad jurídica” e incluso “unidad típica”. Por último, hay quienes también separan de esta última al llamado “acto continuado”.

Las confusiones terminológicas son aquí altamente perjudiciales. Para evitarlas insistimos en que hay sólo dos hipótesis: a) unidad de conducta impuesta por el hecho de que hay un único impulso volitivo; b) unidad de conducta porque, habiendo pluralidad de impulsos volitivos con una decisión común (*elementos final*) hay también un desvalor jurídico común (*elemento normativo*).

577. **Distintos supuestos de unidad de conducta.** Está demás aclarar que la unidad de conducta no significa concurrencia ideal, puesto que en una única conducta pueden concurrir uno o más tipos. La existencia de una conducta única es un presupuesto para la concurrencia ideal, pero en modo alguno la implica en forma necesaria.

Formulada esta previa aclaración, pasaremos a ocuparnos de los distintos supuestos en que media una *unidad de conducta* pese a la pluralidad de movimientos voluntarios, o sea, casos en los que dándose el *factor final*, existe también un *factor normativo* que determina su consideración como una única conducta. Algunos de ellos se han discutido doctrinariamente y los veremos ahora desde el punto de vista del doble requerimiento, que aceptamos como principio general.

a) Cuando una pluralidad de movimientos responde a una única voluntad realizadora de un tipo objetivo, en conductas que usualmente requieren cierta complejidad, no puede menos que considerarse que todos ellos son desvalorados como una unidad de conducta por el derecho penal. Se trata de *tipos con pluralidad eventual de actos*, que si bien pueden configurarse con un único acto, en general requieren una pluralidad como regla impuesta por la naturaleza de las cosas. Es concebible que el disfrazado de inválido cometa la estafa extendiendo la mano, pero lo usual es que la estafa responda a conductas más complicadas.

b) Con mucha mayor razón que en los tipos con pluralidad eventual de actos, la pluralidad de movimientos estará abarcada por el factor normativo cuando la pluralidad de actos sea requerida en

el tipo mismo. Estos *tipos con pluralidad necesaria de actos* no pueden menos que configurar una unidad de desvalor de la conducta, tal como sucede en la violación o en el robo, en que se abarcan actos de violencia o amenazas y acceso carnal, o de fuerza o violencia y apoderamiento.

c) Cuando la *realización de un segundo tipo aparece como elemento subjetivo del primero*, ello indica que el tipo desvalora una conducta unitariamente dirigida a consumir ambos y en que el primer acto no pasa de ser una etapa previa del segundo. Esta consideración unitaria impide la escisión en dos conductas y, también impide, su consideración como dos delitos, cuando el segundo tipo se realiza efectivamente. Así, si el que mata para robar consume también el robo, se tratará de una única conducta; el que toma parte en una asociación ilícita que comete un delito realiza también una sola conducta; el que retiene a una mujer con miras deshonestas y la viola; etc.

Max. Ernst Mayer distinguía, frente a la concurrencia ideal y real, una concurrencia impropia, que también dividía en ideal y material. Como casos de concurrencia ideal impropia daba lo que llamamos "concurso aparente de leyes" y como supuestos de concurrencia real impropia, al delito continuado —del que nos ocuparemos luego— y al delito llamado "colectivo"⁵⁶, que son los que requieren habitualidad, profesionalidad o comercialidad.

Estos delitos, cuando se configuran mediante una repetición de conductas, habían sido considerados por la antigua jurisprudencia alemana como una unidad de acción. Con esta jurisprudencia rompió el Tribunal Federal, afirmando que no hay unidad de acción cuando no media dolo unitario⁵⁷.

Por nuestra parte, ya nos hemos ocupado de estas características, que son elementos del ánimo que se hallan en la tipicidad en forma excepcional, pero no requieren la repetición de conductas. Si bien no puede decirse que sean tipos que contengan la realización de otros actos como elementos subjetivos en el sentido de ultra-finalidades o intenciones, no cabe duda de que los contienen como elementos del ánimo y, por consiguiente, cuando en realidad se cometen con una reiteración, no puede considerarse a la misma más que como una única conducta, pues no pasa de ser la efectivización del ánimo con que se realizó la conducta primera y que sigue acompañando a las ulteriores, al punto de que la reiteración se halla tan vinculada con la modalidad de estos tipos, que también configura la presunción del elemento subjetivo por ellos requerido^{57 bis}.

⁵⁶ MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1923, p. 511.

⁵⁷ Sobre ello, WELZEL, 230; JESCHECK, 586.

^{57 bis} Cfr. supra, § 356.

Estimamos que a ello se llega por una adecuada interpretación del tipo, sin acudir a la "unidad de conducción de vida criminal" a que apela Welzel.

d) Otro claro supuesto de unidad de conducta tiene lugar cuando una segunda tipicidad se cumple como *forma de agotamiento* de la primera, puesto que si bien no se exige en el tipo primeramente realizado la tipicidad del segundo como elemento subjetivo, ésta se presume o bien no pudo dejar de tenerse en cuenta como muy relevante probabilidad o peligro, sea por sí mismo o por otro. Tal es el caso de la falsificación de moneda y de la ulterior circulación de la misma, de la adulteración de instrumentos y la estafa, de la reproducción y de la distribución de objetos obscenos, del hurto de automotor y del cambio de placa identificatoria, de la tenencia de arma prohibida y de la comisión de un delito con ella, etc.

En todos estos casos se trata de delitos que son legislados conjuntamente⁵⁸, porque si bien la ley los pena aisladamente, lo hace teniendo en cuenta el peligro que ya implican respecto del otro delito. Esto resulta particularmente claro en los delitos contra la fe pública, que usualmente son delitos que se cometen como un medio para afectar otros bienes jurídicos.

e) En el delito *permanente o continuo*, todos los actos con que se prolonga el estado consumativo deben ser considerados como una unidad de conducta. No debe confundirse el delito permanente con el de resultado o efecto permanente, en que este principio no es aplicable. La permanencia del delito no cesa aunque se hayan producido cortas interrupciones que, en rigor no han tenido el efecto de hacer cesar el estado. Lo decisivo, frente a las interrupciones breves, es saber si la reanudación corresponde a una nueva decisión o es parte de la anterior⁵⁹, lo que deberá establecerse atendiendo a las particularidades de cada caso. Así, por ejemplo, hay un nuevo secuestro cuando se libera a quien está privado de libertad y se lo secuestra nuevamente al día siguiente; pero no hay un nuevo amancebamiento del marido, cuando riñe con su manceba y corta sus relaciones una semana.

f) Cuando con una conducta se instiga o se coopera en las acciones de dos o más autores, se hace necesario establecer si lo que decide es el número de acciones del partícipe o el número de injustos principales en que se haya participado. Conforme a los prin-

⁵⁸ SAMSON, 345.

⁵⁹ Cfr. SAMSON, 348.

cipios que venimos exponiendo, considerar que lo decisivo es el número de acciones principales es una ficción que aniquila la realidad de la conducta.

Consecuentemente, entendemos que lo diferenciante es el número de acciones de participación, sin importar cuántos injustos principales haya ⁶⁰. Por consiguiente, habrá una única conducta del partícipe, cuando con ella haya participado en dos o más injustos penales.

El criterio que señalamos es el que sigue la jurisprudencia alemana. Hasta 1935 había seguido el criterio opuesto, contra la opinión de la doctrina. Desde entonces se sigue la solución correcta: la instigación a dos perjuros por un único requerimiento dirigido a dos personas, es una única conducta ⁶¹.

g) Cuando se trata de tipos en que se requiere o se admite su cumplimiento por medio de un símbolo, todos los actos que tienen *unidad simbólica* deben ser considerados como una conducta. Así puede instigarse mediante cualquier acto que en el contexto situacional dado tenga valor simbólico (una mirada, un grito, un disparo al aire, etc.). Puede también injuriarse con un gesto. Pero cuando la instigación se realiza mediante una conversación o un discurso, o la injuria mediante un escrito, en tanto que los mismos guarden unidad simbólica, es decir que no sean piezas sueltas e incoherentes, por extensos que fueren deben ser considerados como una unidad.

Quien escribe una larga novela en que ridiculiza en forma injuriente a varias personas, comete una sola conducta de injurias. Quien en un mismo discurso instiga a veinte hombres comete una sola acción de instigación. Welzel afirma que la unidad depende de que las expresiones se hallen íntimamente relacionadas ⁶² con lo que coincide Geerds ⁶³.

h) La unidad de conducta no sólo se presenta en la tipicidad activa, sino que es posible también en la *tipicidad omisiva*. Esta unidad se da cuando el autor omite la interposición de varios resultados contra el mismo deber de garante, supuesto en el que habrá una sola omisión en el caso en que hubiesen podido ser evitados con

⁶⁰ Cfr. LISZT-SCHMIDT, 318; HIPPEL, II, 466; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 458; WELZEL, 225; BLEI, 305; MAURACH, 736.

⁶¹ La evolución jurisprudencial en MAURACH, 736; BLEI, 305.

⁶² WELZEL, 225.

⁶³ GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 292.

una conducta todos los resultados lesivos y habrá una pluralidad de conductas típicamente omisivas cuando, después del advenimiento de un resultado, hubiese sido posible todavía la evitación de otros. Así, la omisión de pasar alimentos a varias personas en una pluralidad de conductas típicamente omisivas ⁶⁴.

Tratándose de omisiones propias y omitiendo el autor varias conductas que podía cumplir en forma sucesiva, habrá una pluralidad de conductas, lo que no sucederá si se trataba de alternativas simultáneas ⁶⁵.

Conforme a lo expuesto, se admite que hay una única omisión en el caso del guardabarreras que omite bajar la barrera o cuando el señalero omite colocar una señal que indique la presencia de una cuadrilla de trabajadores en la vía, en tanto que se considera una pluralidad de omisiones en el caso del que no presta ayuda a ninguna de las dos víctimas de un accidente, pese a que los hubiese podido sacar del agua sucesivamente ^{65 bis}.

Estas tesis responden coherentemente al principio según el cual la omisión es el *aliud agere* (otro hacer), puesto que esa sucesión de actos distintos de los debidos podrá ser considerada como una pluralidad de unidades de desvalor sólo cuando se prolongue en el tiempo por espacio relativamente largo, en el que se vayan omitiendo las acciones debidas en forma sucesiva, pero nunca podría ser considerada pluralmente cuando las acciones debidas, de las que se diferencia, fuesen debidas en forma simultánea.

i) La unidad de la acción también puede tener lugar en la *tipicidad culposa*, aunque sobrevenga una pluralidad de resultados y aunque todos ellos provengan de una múltiple violación de deberes de cuidado, pero siempre a condición de que los resultados sobrevengan simultáneamente. Así, puede suceder que un sujeto conduzca sin frenos y sin usar anteojos, y en una única patinada del vehículo arrolle a dos o más personas.

También puede acontecer que los resultados tengan lugar en forma sucesiva y, en tal caso, habrá una unidad de conducta siempre que el autor, entre el advenimiento de uno y otro resultado, no haya podido cumplir con el deber de cuidado. Así, habrá una unidad de conducta si alguien se lanza a navegar con un velero que

⁶⁴ Cfr. JESCHECK, 583; el criterio opuesto fue sostenido por la Cámara de la Capital en el plenario "Guersi" del 31 de julio de 1981 (LL, 28-VIII-81). Nos parece correcto el voto en minoría del Dr. Almeyra.

⁶⁵ Cfr. JESCHECK, loc. cit.; SAMSON, 360; BLEI, 307; WESSELS, 153; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 979; HURTADO POZO, 393.

^{65 bis} Cfr. BLEI, 307.

no sabe pilotear y pierde el control del mismo, que ya no puede recuperar, dando contra otro velero donde lesiona a una persona y quedando a la deriva varias horas, hasta que la corriente lo arrastra a la playa, donde lesiona a un bañista. Puede también suceder que quien tenga a su cargo el cuidado de presos, cometa la negligencia de dejar la puerta de una celda abierta y también la imprudencia de portar un arma cargada. Si un preso le golpea y le desarma procediendo a atacarle y a huir, y si luego el otro advierte que la puerta de la celda está abierta y sale, se apodera de las llaves de las restantes y libera a todos los demás, que huyen, no hay más que una única conducta culposa, porque si bien el sujeto violó dos deberes de cuidado y se produjeron múltiples fugas, entre la primera y las restantes no tuvo oportunidad alguna de cumplir el deber de cuidado.

En lugar, hay una "pluralidad de acciones, si el autor, por inobservancia del deber de seguridad en el tránsito, en larga distancia provoca tres accidentes"⁶⁶. En este caso, habrá tenido la posibilidad de cumplir con el deber de cuidado después del primer resultado. El principio general será pues, que hay unidad de conducta siempre que el sujeto no haya tenido en el entretiem po la posibilidad de observar el deber de cuidado^{66 bis}.

j) Hay otro supuesto de unidad de la conducta, que tiene lugar cuando con una interpretación racional de los tipos penales, surge que en caso de reiteración de la conducta, el alcance de la norma no llega a darle el valor de una reiteración de la tipicidad, sino el de un aumento del contenido injusto del hecho, que resulta de una mayor afectación del bien jurídico. Por supuesto que esta unidad de acción —como cualquier otra— habrá de suponer también una resolución única, o sea, el "elemento final". Este caso es el denominado "*delito continuado*", cuya problemática analizaremos en forma especial, por ser el caso más complejo de unidad de conducta y, a la vez, el más intrincado supuesto de concurso real aparente.

Este caso no puede confundirse con otras hipótesis diferentes, en las que el autor realiza actos que claramente son una *intensificación del injusto*, es decir, un aumento del mismo, pero sin que necesariamente los actos sean iguales, pese a que todos son consumativos. Tal sería el supuesto de que un sujeto injuriase mediante

⁶⁶ Cfr. JESCHECK, 582; HURTADO POZO, 396.

^{66 bis} Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO, *El concurso de delitos en el derecho penal costarricense*, San José, C. Rica, 1981, p. 24.

una serie de frases sucesivas y distintas a una persona o grupo de personas, o de que se diesen sucesivos golpes con distintos elementos a una misma persona. Este género de unidad de acto carece del elemento normativo que lo desvalora unitariamente cuando los actos afectan bienes jurídicos distintos o de distintos titulares ⁶⁷.

k) La misma unidad de acción por efecto de la intensificación del injusto —y que tampoco es un delito continuado— es la que hay entre los distintos actos que se dan en el curso de una progresión delictiva hasta la consumación, lo que se puede denominar “realización progresiva del tipo penal” ⁶⁸. Se trata de supuestos en que el autor se va aproximando cada vez más a la realización del tipo objetivo. Es así como los actos de tentativa configuran una unidad de conducta con la consumación. Veremos luego que tampoco puede haber concurrencia ideal de tipos sobre esta única conducta, pero, de momento, debe quedar claro que se trata de una única conducta.

III. — EL CONCURSO REAL O CONCURSO DE DELITOS

578. **El concurso real propio.** El presupuesto necesario del concurso de delitos es una pluralidad de conductas, por lo que se presenta como la contrapartida de la unidad de conducta ⁶⁹. En el fondo, no pasa de ser la “concurrencia de varios delitos en un único proceso”, lo que si bien hace que haya disposiciones a su respecto en el código penal (arts. 55 y 56), en modo alguno deba ser considerado como una cuestión exclusivamente penal, sino también de enorme importancia procesal ⁷⁰.

En el concurso real hay una concurrencia de delitos en un proceso, en tanto que en el concurso ideal hay una concurrencia de tipicidades en una única conducta.

Se distingue de la reincidencia porque en esta última no concurren varios delitos en un proceso —lo que violaría el *non bis in idem*—, sino que se agrava la pena de un delito posterior por la mayor alarma social que produce que ya antes el autor haya sido condenado por otro delito. Se trata de un caso en que el delito posterior presenta un mayor contenido de injusto que el que correspondería a la afectación del bien jurídico, pero nunca en la reincidencia se vuelve a juzgar el anterior delito. En las demás circunstancias en que se debe unificar pena y el juez debe aplicar las reglas del con-

⁶⁷ Cfr. JESCHECK, 582; SAMSON, 346.

⁶⁸ JESCHECK, loc. cit.

⁶⁹ Cfr. JESCHECK, 584.

⁷⁰ Cfr. JESCHECK, loc. cit.

curso real, puede tratarse de un verdadero concurso real en el que ha recaído un pronunciamiento parcial que queda sin efecto por acción de la unificación, o bien puede tratarse de un supuesto de reincidencia ^{70 bis}.

Suele hacerse, por parte de algunos autores, una distinción entre el concurso real, también llamado material o de delitos, y el mero "concurso procesal". Conforme a ello, no falta un sector doctrinario que entiende que hay un "concurso procesal" cuando "entre los varios delitos no hay ninguna vinculación, fuera del hecho de ser atribuidos a un mismo sujeto en un mismo proceso" ⁷¹. En nuestro código no se hace distinción alguna entre el concurso real y el concurso procesal, de modo que no cabe hacerla en la doctrina, por lo menos en tales términos. No obstante, veremos que en lo que hace a la cuantificación penal, este aspecto tiene cierta importancia: cuanto más independientes sean los delitos es decir, cuanto más se acerquen al concurso procesal, mayor será el máximo de la pena aplicable, y viceversa ⁷².

579. El delito continuado como caso de concurso real aparente. Hay tipos en los que no sólo queda abarcada la conducta que lo cumplimenta objetivamente, sino que eventualmente también abarcan la hipótesis de un número indeterminado de repeticiones de la conducta dentro de iguales o parecidas circunstancias. Por supuesto que esto no tiene lugar en todos los tipos, sino sólo en algunos de ellos y en circunstancias y condiciones dadas.

Es de la interpretación de los tipos penales de donde, en principio, se deduce esta circunstancia, puesto que una racional interpretación de los mismos muestra que en algunos de ellos la norma no abarca a la reiteración de la conducta como una nueva conducta típica independiente, sino como una mayor afectación del bien jurídico, que se traduce en un mayor contenido injusto de la única conducta. Frecuentemente será la exclusión de esta interpretación y la consiguiente opción por la contraria, lo que nos convencerá de que lo correcto es darle el sentido indicado, puesto que su opuesto se nos presentará como absurdo o como francamente aberrante.

Quien diariamente, durante tres meses sustrae un documento y lo pasa a un espía, cometería noventa violaciones de secretos militares (art. 222). Quien ata a una mujer y la viola, manteniéndola ligada, cometería tantas violaciones como veces acceda a ella. Quien falsifica papel

^{70 bis} V. infra, §§ 647 y ss.

⁷¹ NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, 358.

⁷² V. infra, § 647.

moneda durante ocho horas diarios, cometería tantas falsificaciones como tandas de papel falso termine. Quien consigue que una mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15 acepte el acceso carnal y lo repite a diario durante seis meses, cometería 180 estrupos. Desde el punto de vista de la norma que da origen al tipo es mucho más razonable sostener que en estos supuestos se agrava el injusto y no que son considerados como conductas independientes.

En este supuesto, Jescheck requiere, además del "mero aumento cuantitativo del injusto (injusto unitario), que el hecho obedezca a una unitaria situación motivadora (culpabilidad unitaria)"⁷³. En lugar, Welzel sostiene que esta unidad proviene de una razonable interpretación de los tipos y requiere la "inmediatez témporo-espacial"⁷⁴. Estamos más cerca de este último criterio, porque nos parece que no debe acudir-se a la culpabilidad para determinar la unidad de la conducta, que es un problema de tipicidad.

Por supuesto que esta interpretación racional de los tipos, que impide caer en el absurdo, sólo puede operar a partir del análisis de cada tipo y, además, sólo en los casos en que la forma de afectación del bien jurídico admite grados de afectación. Cuando el contenido de injusto del hecho es único y no puede estratificarse en atención al grado de afectación al bien jurídico, como acontece en el homicidio (en que la afectación implica a destrucción irreparable de la disponibilidad por aniquilamiento del objeto de la relación), esta interpretación no puede hacerse y en tales supuestos nos hallaremos con una pluralidad de conductas.

El art. 55 del código penal argentino proviene del art. 57 del código holandés, que a su vez se inspira en el art. 74 del código del imperio alemán. En todos ellos se exige que en el concurso real los hechos sean "independientes". De este requisito del viejo código del *Reich* dedujo Max Ernst Mayer que cuando los hechos no son "independientes" no hay concurso real, sino "delito continuado", como forma de concurso real "impropio" o aparente⁷⁵. Este es el mismo camino que ensayó nuestra doctrina nacional, argumentando que el art. 55 se refiere a la concurrencia de "hechos independientes", pero que nada dice de la concurrencia de "hechos no independientes", o sea de "hechos dependientes"⁷⁶.

Nuestros autores continúan el razonamiento —apartándose ya de Mayer— y entienden que el delito continuado queda así fuera del art. 55, pero también fuera del alcance del 54. En efecto: como sostienen la teoría de la "unidad del hecho", no les cabe duda que en el delito con-

⁷³ JESCHECK, 581.

⁷⁴ WELZEL, 226.

⁷⁵ Así, MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1923, pp. 167-8.

⁷⁶ Así, DE BENEDETTI, ISIDORO, *El delito continuado*, en JA, 1943-IV-724; NÚÑEZ, II, 246; SOLER, II, 307; FONTÁN BALESTRA, III, 81; CARNELLI, LORENZO, *La penalidad correspondiente al delito continuado*, en LL, 18-725.

tinuado habría una pluralidad de resultados, por lo que no puede sostenerse —dentro de su tesis— que se trata de un “hecho único” en el sentido del art. 54. Esto los lleva a concluir que quedan sometidos a un régimen especial, no contemplado en ninguna de ambas disposiciones⁷⁷.

En cuanto a sus consecuencias en el sentido de que el delito continuado cae fuera de ambas disposiciones, la doctrina nacional lleva razón. No la lleva en cuanto a que haya una pluralidad de “hechos” con una “única imputación”⁷⁸, porque esto implica aceptar que el delito continuado es una simple ficción jurídica. La teoría de la “ficción jurídica” tiene respetable abolengo⁷⁹, pero no puede negar que hace de la teoría del delito continuado un simple instrumento para evitar una pena aberrante. Para nosotros, el delito continuado no es una pura cuestión de penalidad, que haría de ella una ficción sin base legal cierta, aplicable únicamente cuando favorece al procesado, pero que no podría aplicarse cuando le perjudica, porque configuraría un ataque a la legalidad penal.

En nuestro concepto, la consideración del delito continuado como un “hecho” o conducta única, proviene del reconocimiento de una desvaloración jurídica unitaria de un contenido de comportamiento humano final, que nada tiene de ficción —y menos de mera construcción jurisprudencial beneficiante—, sino que se basa en el dato óntico del elemento final y en el componente normativo que brinda la absurda consecuencia de su consideración jurídica fraccionada a la luz de la prohibición.

Desde este punto de vista nos es permitido afirmar plenamente las *consecuencias prácticas* más notables que tiene el fenómeno del delito continuado. Una de ellas es que cuando recaiga sentencia sobre un delito continuado, quedarán juzgadas todas sus partes, sin que quepa reabrir la causa, aunque con posterioridad a la sentencia se descubran nuevas partes del mismo⁸⁰, lo que creemos que es una incontestable ventaja práctica⁸¹. Por otra parte, al delito continuado le será aplicable la regla del art. 63, es decir que la prescripción comenzará a correr desde que cesa la última parte del mismo. Además, en caso de cambiar la ley penal por una más gra-

⁷⁷ V. NÚÑEZ, *Manual*, 321.

⁷⁸ Así, NÚÑEZ, *idem*.

⁷⁹ Sostenida por CARRARA (I, parág. 520), MANZINI, *Tratado* (III, 417), CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ (*El delito continuado*, Barcelona, 1951, pp. 42-3). Separándose de esta teoría, lo consideran una “realidad jurídica”: ANTOLISEI (410), DE MARSICO (248); PANNAIN (675), E. PROTO (*Sulla natura giuridica del reato continuato*, Palermo, 1951).

⁸⁰ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 596; WELZEL, 230; JESCHECK, 583; EB. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, pp. 177-8.

⁸¹ Otra opinión, JESCHECK, *loc. cit.*

vosa, le será aplicable al hecho la que rige la última parte de su ejecución⁸². Si se considerase que el delito continuado es una mera ficción sin base legal cierta y fundada en la equidad, no podría contarse la prescripción desde que cesa la última parte de la conducta ni aplicarse al hecho la ley más gravosa que rige únicamente esa parte.

Damos como fundamento de la construcción una interpretación racional de los tipos penales y de su alcance, y no la necesidad de una norma que atenúe las consecuencias de la aplicación del art. 55 del Código Penal. La mayor benignidad parece haber sido el fundamento de esta construcción en sus orígenes, con los prácticos italianos, que querían evitar la pena de muerte para el tercer hurto⁸³, pero no es éste el fundamento del instituto en nuestro derecho penal vigente, sino el verdadero alcance de algunos tipos penales. Siendo así, nada obsta a que se le aplique la regla del art. 63 del Código Penal, que no operaría si se tratase de una construcción sólo fundada en un mero requerimiento político criminal de mayor benignidad.

De toda forma, el alcance del art. 63 del Código Penal, no está claro en nuestra doctrina. El mismo dispone que "la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse". Un sector de la doctrina nacional, fundado en los antecedentes legislativos, entiende que esta disposición se refiere al delito continuado con la denominación de "delito continuo"⁸⁴.

Fontán Balestra entiende que el art. 63 incluye tanto al delito continuado como al continuo o permanente⁸⁵. Creemos que cualquiera fuese el alcance de la disposición del art. 63, ella es aplicable al delito continuado, sea porque lo abarque con la denominación de "continuo", sea porque ello surja como ineludible consecuencia de una interpretación racional de algunos tipos penales.

La falta de una disposición expresa en la ley desconcertó a una jurisprudencia demasiado exegética y escasamente constructiva y también a cierto sector de la doctrina que, fundado en ello, se inclina por rechazar la teoría del delito continuado. En España, donde el código tampoco consagra una disposición especial, Rodríguez Devesa la rechaza, afirmando que no hay razones legales ni político-criminales que excluyan estos casos de las reglas del concurso⁸⁶.

⁸² Cfr. WELZEL, 229.

⁸³ Cabe advertir que el origen histórico se encuentra seriamente controvertido (sobre ello, DAHM, GEORG, op. cit., Berlín, 1939, p. 243; BETTIOL, 570; RODRÍGUEZ DEVESA, 727; FONTÁN BALESTRA, III, 62-65; CAMARGO HERNÁNDEZ, op. cit., 9-20).

⁸⁴ Así, NÚÑEZ, II, 247; CARNELLI, op. cit.; CORREA, PEDRO ERNESTO, *El delito continuado*, Bs. As., 1959.

⁸⁵ FONTÁN BALESTRA, III, 84.

⁸⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, 730; una corriente jurisprudencial argentina también la rechazó de plano (al respecto, CORREA, op. cit., 73-95; sobre otros antecedentes jurisprudenciales, SOLER, II, 312, nota 13).

Creemos que esta corriente peca de excesivo positivismo y que carece de razón, tanto desde el punto de vista legal como desde el político-criminal. En principio, nos parece poco menos que suicida para el derecho penal, aplicar la pena de "ciento ochenta estrupros" en concurso real, pues pocas circunstancias son más nocivas al derecho penal que la caída en el ridículo frente a la opinión, particularmente cuando se trata de un absurdo que mostraría bien a las claras la insuficiencia de sus elaboraciones. Por otra parte, debemos tener en cuenta que los códigos de Holanda, del Imperio Alemán y de España (art. 70) contienen algunas reglas limitativas de la pena para el concurso real. El código español, por ejemplo, la limita al triple del máximo, pero el nuestro no contiene limitación alguna, con lo que —teóricamente, al menos— le da al juez la facultad de aplicar prisión por 25 años al cajero que todos los días durante un año se apoderó de una igual suma de dinero del empleador. Creemos que Rodríguez Devesa, ante una disposición similar a la de nuestro art. 55, no afirmaría que no hay razones político-criminales que excluyan las reglas del concurso.

El delito continuado es una consecuencia directa de la existencia de un factor final y de una interpretación racional de los tipos que pretende evitar consecuencias irracionales hasta lo grotesco. De esta forma, aparece ante la opinión doctrinaria como un *aparente concurso real*⁸⁷, puesto que si *prima facie* el fenómeno da la sensación de una pluralidad de conductas, visto más en profundidad, muestra su naturaleza de única conducta típica.

Con mucha mayor nitidez —y menor lugar a confusión— se distingue el delito continuado del delito permanente o continuo, puesto que en este último se sostiene el estado consumativo sin que se repitan nuevamente todos los elementos típicamente requeridos, como acontece en el delito continuado.

Igualmente, cabe precisar que en el delito continuado tampoco se produce un concurso ideal, puesto que no hay concurrencia alguna de tipos penales. Aunque eventualmente la conducta continuada pueda darse entre un tipo básico y otro calificado, se tratará de un concurso aparente de leyes, pero en modo alguno de un concurso ideal, porque no hay más que un único tipo que recae sobre una única conducta. Ni siquiera aceptando la posibilidad de una concurrencia ideal homogénea —fenómeno cuya posibilidad rechazamos— podría verse en la conducta continuada un concurso de tipos.

La teoría del delito continuado es uno de los casos en que la jurisprudencia ha marchado delante de la doctrina, como que, fuera de cualquier duda, resulta utilísima para la solución de importantes

⁸⁷ HIRSCHBERG, RUDOLF, *Die Lehre von der Gesetzkonkurrenz*, en ZStW, 1934 (53), pp. 34-50.

problemas prácticos. Dado este predominante desarrollo por la vía jurisprudencial, los *requisitos* que debe reunir una conducta para que doctrinariamente se la considere "continuada" son motivo de opiniones científicas harto encontradas. Esta incertidumbre es uno de los argumentos que ha llevado a una minoría doctrinaria a rechazar de plano toda la construcción, pasando por alto los inconvenientes prácticos y político-penales de esta actitud, que se agudizan en nuestro código, en que la aspersion es de grado tal que permite llegar a la acumulación, o sea, a la suma de todos los máximos, teniendo como único límite el de la especie de pena de que se trate.

Schmidhäuser afirma que "la figura del hecho continuado debe rechazarse, pues ha traído más perjuicios que ventajas para una jurisprudencia racional". Afirma Schmidhäuser que también para la pena del delito continuado se hace necesario el establecimiento de la prueba de cada uno de los actos particulares, y que nada obsta a que en el caso de los hurtos de la mucama se construya la pena única conforme a la regla del concurso real (§ 74 del código alemán de 1871), estableciendo para todos los hechos una medida igual⁸⁸. Schultz afirma que esta figura debe ser rechazada, por contradecir el principio de culpabilidad y privilegiar indebidamente al autor del delito⁸⁹. Tampoco deja de embatir contra ella, en razón de la poca claridad del concepto, Stratenwerth⁹⁰. Jescheck le reconoce su gran significado práctico, aunque destaca sus inconvenientes, por lo que afirma "que no es de maravillar que aumenten las voces en favor del abandono de la acción continuada"⁹¹. María T. Castiñeira considera que es un recurso útil y necesario, pero no descarta la posibilidad de resolver los problemas mediante la apelación a la reforma de otras normas⁹².

Frente a estas opiniones, insistimos una vez más en que la prescindencia de la teoría puede tener cierto asidero en Alemania, donde la pena privativa de libertad para el concurso real tiene un máximo de quince años (§ 53 vigente, § 74 del código de 1871); en España, en que no puede exceder del triple de la más grave (art. 70); en Suiza, donde no puede ser superior a la mitad de la pena máxima conminada (art. 68); o en Holanda, donde no puede exceder de un tercio del máximo mayor (art. 57), pero es insostenible entre nosotros, donde puede llegar hasta veinticinco años de privación de libertad. Aquí se hace muy evidente que nuestro código no quiere esa consecuencia en el caso del delito continuado, puesto que sería francamente absurda.

Por otra parte, prescindir de la teoría del delito continuado lleva a otro sinsentido, que consiste en condenar al cajero que decide apoderarse de una suma, pero la va reteniendo a diario durante dos años para

⁸⁸ SCHMIDHÄUSER, 584.

⁸⁹ SCHULTZ, I, 104.

⁹⁰ STRATENWERTH, 331.

⁹¹ JESCHECK, 543.

⁹² CASTIÑEIRAS, MARÍA, T., *El delito continuado*, Barcelona, 1977.

que no se note la maniobra, a la pena que corresponda, "como autor responsable de defraudaciones reiteradas (720 hechos)". Sin desconocer las dificultades teóricas de la conducta continuada, tampoco podemos caer en el ridículo, frente a casos en que la lógica más elemental señala que acudir a ella es el único camino para evitarlo.

La caracterización de la conducta continuada comienza siendo problemática, en razón de que hubo una corriente meramente objetivista, que creyó que se la podría caracterizar prescindiendo de todo dato subjetivo. Así se ha requerido en la misma "más de una acción u omisión, cometidas por el mismo autor —constituyendo dos o más crímenes de la misma especie— teniendo lugar la realización de éstos en condiciones de tiempo, lugar, manera de ejecución y otras semejantes, que establezcan entre ellas un vínculo de continuación"⁹³. Esta posición, a la vez objetiva y sostenedora de la naturaleza de ficción de la conducta continuada, está hoy casi abandonada. Predomina la tesis —a nuestro juicio correcta— de que para que puede hablarse de una unidad de conducta se requiere el indispensable sustrato óntico del *factor final*, es decir que la unidad de conducta se determina atendiendo al *factor final* y al *factor normativo*, como en todos los casos que hemos analizado, en que hay unidad de conducta con pluralidad de movimientos.

A partir de este convencimiento, la doctrina ha querido la *unidad de finalidad*, aunque con diferentes nombres y alcance. Se llamó también a esta característica "elemento psicológico" y, dado que para muchos tenía un alcance dudoso, se lo bautizó también como "unidad de resolución", "unidad de plan", "unidad de designio", "unidad de propósito", "unidad de pensamiento", etc.⁹⁴. La jurisprudencia alemana ha requerido un verdadero "dolo unitario" o "dolo total", que abarque el resultado total del hecho, lo que consideramos correcto.

La característica del *dolo unitario* o *dolo total* nos parece acertada, puesto que denota claramente una *unidad de finalidad* que debe abarcar las particularidades comisivas del hecho, sin que sea para ello suficiente una general resolución, como por ejemplo, la de cometer estafas o hurtos en forma indeterminada. Así, el elemento subjetivo de la asociación ilícita no sería en modo alguno un dolo unitario. Tampoco es suficiente la decisión general de cometer tantas estafas de cierta clase cuantas fuesen posibles, aunque configura un dolo total tomar tantas bicicletas cuantas sea posible de un deter-

⁹³ BRUNO, ANÍBAL, op. cit., II, 302.

⁹⁴ Un análisis detallado en CAMARCO HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 47 y ss.

minado taller, aprovechando las circunstancias favorables, lo que es bien distinto de una genérico resolución de cometer numerosos hurtos de bicicletas, en que permanece incierta la decisión de lugar, tiempo y modo⁹⁵, o de la determinación de cometer tantos robos como sean necesarios para asegurarse la existencia o tantas estafas para ese mismo efecto⁹⁶.

Cabe preguntarse si este dolo total debe existir ya desde el comienzo de la primera etapa delictiva o si puede surgir en el curso de la misma. Así, por ejemplo, puede suceder que la mucama quiera apoderarse de media docena de cubiertos y abra el armario para llevárselos, pero compruebe entonces que si los lleva juntos se descubrirá de inmediato la sustracción, decidiendo tomar uno y llevarse los restantes a razón de uno por semana. También puede acontecer que haya decidido llevarse un solo cubierto y a la vista del juego, mientras lo toma, decide llevarse los seis, a razón de uno por semana. Cabe entender que es suficiente con que el dolo total tenga lugar antes del agotamiento del primer acto parcial por parte del autor⁹⁷.

Estas características del dolo total hacen que Jescheck afirme que ese concepto no tiene nada que ver con el dolo del § 59 del código alemán de 1871⁹⁸. Confirmaría este argumento la circunstancia de que ese "dolo total" no puede ser criterio para resolver la unidad de conducta en el delito culposo, en caso de entenderlo como "dolo" en sentido estricto⁹⁹. De cualquier manera, nos parece dudoso que pueda darse el delito continuado en la tipicidad culposa, que, por otra parte, es rechazado por un buen sector doctrinario¹⁰⁰. Igualmente, la aceptación de la continuidad de la conducta culposa no implica que por "dolo total" deba entenderse algo distinto del dolo, puesto que los partidarios de esa posición afirman que en la conducta culposa continuada no hay "dolo unitario", sino un equivalente del mismo. Así, Koch dice que "al dolo total en los delitos dolosos, corresponde la total voluntad de acción en los culposos"¹⁰¹. Por otra parte, la desnaturalización del dolo en la conducta continuada, ha dado lugar a que un sector doctrinario admita también un

⁹⁵ Así la jurisprudencia del antiguo Tribunal del Reich (cfr. JESCHECK, 545; WELZEL, 227).

⁹⁶ Cfr. SAMSON, 349.

⁹⁷ Cfr. El Tribunal Federal Alemán (SAMSON, 349).

⁹⁸ JESCHECK, 585.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ La rechaza la jurisprudencia del Tribunal Federal, BAUMANN, 693; RUDOLPHI, 350; JESCHECK, 585. Aceptan la posibilidad de conducta continuada culposa: WELZEL, 229; MAURACH, 744; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 593-4; KOCH, F. W., *Zur fortgesetzten Fahrlässigkeit*, en NJW, 1956, 1267-8; CASTIÑEIRAS, MARÍA T., op. cit., p. 147

¹⁰¹ KOCH, F. W., op. et loc. cit.

“dolo continuado”. A este respecto, no sería requisito que el autor, antes del comienzo o del agotamiento de la primera acción, tomase la decisión de ulteriores acciones similares. Sería suficiente con que los dolos particulares configurasen una línea psíquica continuada, en que el dolo posterior aparezca como la continuación del anterior dolo individual”¹⁰². Este sería el caso en que el autor, después de cometer el primer hecho, se sintiese tentado de cometer hechos de igual naturaleza. Con variantes más o menos notorias, este criterio es sostenido por varios autores¹⁰³. Entre otras ventajas, Samsom enumera que el dolo total privilegia a quien actúa planificadamente frente a quien actúa impulsivamente, además de la economía procesal y mayor claridad del dolo continuado¹⁰⁴.

Creemos que el concepto de dolo “continuado” destruye la unidad del dolo, que a nuestro juicio es un componente necesario para la unidad de la conducta. Con esa tesis se vuelve en cierta forma al objetivismo y, además, a la consideración de la unidad de la conducta continuada como una ficción jurídica privilegiante. Entendemos que la situación del autor que cede múltiples veces a la tentación del delito en igualdad de circunstancias, es una cuestión que debe resolverse manejando en forma adecuada los principios de la cuantificación penal.

En nuestro concepto, el dolo total del delito continuado presenta algunas particularidades, que son las propias del querer la realización típica de esa manera, pero creemos que es enlace óptico insustituible de los distintos actos parciales, que debe ligarlos desde antes del agotamiento del primero hasta la realización del último. Sin este componente óptico, que es el *factor final* que sirve de base para reducir al delito continuado a la condición de simple apariencia de concurso real, el mismo quedaría reducido a una ficción jurídica.

Las particularidades del dolo total y el deseo de resolver otros problemas en forma equitativa, no autorizan a quebrar la racionalidad de la teoría buscando un “concepto criminológico del dolo”¹⁰⁵, entendido como una falla psíquica del autor, exhibida en la misma situación motivadora, lo que confunde todo el planteo. Al pretender esta solución se quiere derivar la unidad de la conducta continuada a un problema de culpabilidad, entendida como culpabilidad de autor, con el agravante de aspirar a resolver un problema de tipicidad mediante la culpabilidad de autor. Este sendero no sólo agrede al concepto estratificado del delito, sino que cae en el tipo de autor.

Welzel, paralelamente al delito continuado “por unidad de acción” —que es del que venimos hablando— elabora un delito continuado en

¹⁰² SAMSON, 349.

¹⁰³ MAURACH, 743; WELZEL, 229; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 592; BLEI, 314-5.

¹⁰⁴ SAMSON, 350.

¹⁰⁵ Sobre esta idea del “dolo”: SCHÖNKE-SCHRÖDER, 592.

que resta importancia a la finalidad o dolo unitario para fundarlo en la culpabilidad, en la "unidad punible de conducción de la vida". La unidad estaría dada por el aprovechamiento de la misma oportunidad, es decir, por una unidad motivadora. Así, la mujer que convive con su cuñado mientras su marido está en el frente de guerra y comete varios adulterios con éste, sin resolución única, cometería un solo delito, en razón de la unidad de la situación motivadora. Este "delito continuado como unidad de motivación de la vida punible"¹⁰⁶ pretende hallar la unidad del delito en la culpabilidad y no en la conducta. Por otra parte, no puede menos que responder a una culpabilidad de autor, es decir, a "culpabilidad por la conducción de la vida", cuyo concepto ya hemos criticado. Aquí, más claramente que en el general planteamiento de la culpabilidad, se pretende hacer tipicidad de autor: se desvalora unitariamente el hecho, se considera que viola una sola norma prohibitiva antepuesta al tipo y que lo hace una sola vez, en razón de la "unidad de conducción de vida"; conforme a ese criterio no serían los actos los que resultan típicos, sino la conducción de la vida. Si bien Welzel no concluye en ello, no queda otra explicación para afirmar que hay un solo delito, pues sería insostenible que cuando hay varias conductas típicas haya una "culpabilidad unificadora" o algo similar. Si bien esta concepción responde a una nueva formulación, Carrara ya veía en el delito continuado una menor intensidad del elemento moral¹⁰⁷ y, en Alemania, en repetidas oportunidades se quiso hallar su fundamento en una menor culpabilidad¹⁰⁸.

Siguiendo el criterio aristotélico, pero aplicando estrictamente el principio de legalidad, es decir, aplicando estrictamente la culpabilidad de acto, resulta cierto que cuando un sujeto se ha dejado seducir una vez por las circunstancias, le resultará más difícil resistirse la segunda vez en idénticas circunstancias y cada vez le irá resultando más arduo, según sea el número de veces en que ello suceda. Este es un fenómeno que el juzgador debe tener claramente en cuenta cuando vaya a cuantificar la pena en el concurso real, pero ello en modo alguno significa que por eso pretenda que se halle ante una única conducta continuada.

Hemos visto que el "factor final", en cualquier caso de unidad de conducta, no puede ser más que un presupuesto necesario, pero en modo alguno suficiente. Una teoría eminentemente subjetiva del delito continuado no es sostenible en la actualidad¹⁰⁹, y sólo dentro de un planteo semejante se hace factible una tesis similar. Abandonadas también las tesis objetivistas¹¹⁰, la doctrina requiere al igual

¹⁰⁶ V. WELZEL, 229.

¹⁰⁷ V. CARRARA, *Programma*, parág. 523.

¹⁰⁸ Sobre ello, MAYER, MAX ERNST, op. cit., 116 y ss.

¹⁰⁹ SCHULTZ indica que esta tesis fue repetidamente seguida por la jurisprudencia suiza (I, p. 104).

¹¹⁰ La había sostenido FRANK, *StGB*, parág. 74; LISZT-SCHMIDT, 352; MAYER, MAX ERNST, op. cit., 167; antes FEUERBACH (ver el art. 178 del Código Tejedor).

que en los restantes supuestos de unidad de la conducta, una adecuada interpretación de los tipos para delimitar el campo óptico que subyace desvalorado en forma unitaria.

Es elemental que para sostener que la reiteración no se presenta abarcada por el tipo como una nueva infracción, sino como un aumento del contenido injusto del hecho, antes de nada se demanda una *identidad del bien jurídico afectado*. Por otra parte, para que la identidad del bien jurídico afectado pueda dar lugar a una continuación de la conducta, es necesario que ésta resulte afectando la misma ley penal u otra que se halle muy cercanamente vinculada a ella.

No se requiere la realización de idéntico tipo penal, pero sí una "semejanza" entre los tipos objetivos realizados. La *semejanza de tipos* se da cuando responden a la misma o próxima norma, lo que tiene lugar entre el hurto y el robo, entre el tipo básico y el calificado, entre los actos tentados y consumados, pero que en modo alguno se presenta entre el hurto y la estafa, por ejemplo ¹¹¹.

Algunos autores, particularmente los partidarios de la teoría objetivista, requieren también una cierta conexión temporal y espacial, pero creemos que la misma tiene mayor importancia procesal que de fondo, puesto que da lugar a un indicio acerca de la unidad de finalidad. No puede exigirse invariablemente una continuidad temporal, pues ella dependerá de la conducta de que se trate. En el caso del estupro, si media un trato sexual diario o muy frecuente, existe una conexidad temporal, que no se interrumpe, debido a que se mantiene la decisión de tener relaciones sexuales con la víctima un número indeterminado de veces, y tampoco cesa la circunstancia típica de haber obtenido el consentimiento para ello. Tampoco se alterará la unidad de la conducta continuada por la circunstancia de que las relaciones tengan lugar en distintos momentos o circunstancias, durante un viaje, etc. Por el contrario, en una violación propia, cesará la continuación de la conducta cuando el sujeto haga cesar la violencia o intimidación y, al día siguiente, vuelva a ejercerla, obteniendo un segundo acceso carnal; habrá continuación de la conducta si, sin interrumpir la violencia o la intimidación, tiene dos o más accesos carnales.

En general, debe entenderse que siempre se interrumpe la continuidad de la conducta con la acusación en sede judicial, configurando una nueva conducta la que se inicia a partir de ella. Así, quien después de la acusación o de la indagatoria judicial sigue manteniendo relaciones con la estuprada, quien sigue omitiendo el cumplimiento de la obligación alimentaria, etc., inicia una nueva conducta, que bajo ningún concepto

¹¹¹ Cfr. WELZEL, 227-8; STRATENWERTH, 332; BOCKELMANN, 237; SAMSON, 348; CASTILLO GONZÁLEZ, op. cit., p. 94.

puede entenderse como continuación de la anterior, por lo que fue condenado.

Alimena explicaba que “la continuación se interrumpe con cada acción penal o civil entablada en juicio contra el delincuente y por el mismo delito determinado. Los actos posteriores, pese a ser la continuación del designio precedente, constituyen delitos que tienen vida propia, porque la acción judicial es un hecho tal que, para volverse al camino del delito reclama una nueva y más intensa resolución”¹¹². Quizá la explicación sea más sencilla: la sentencia sólo puede tener efecto declarativo sobre hechos pasados, pero nunca puede abarcar un desvalor futuro que, en el momento de pronunciarse carece de objeto que desvalorar. Con gran claridad dice De la Rúa que, “en rigor, el nuevo hecho adquiere independencia al nacer con posterioridad a una sentencia que ha cerrado el ciclo de su imputación jurídico-delictiva”¹¹³.

Un extraño fallo de la Sala IV de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, del 11 de noviembre de 1977, sostuvo que la condena por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar abarca todas las omisiones posteriores de dichos deberes, admitiendo expresamente la insólita excepción en que el sujeto cumpliera con posterioridad interrumpiendo de este modo el incumplimiento^{113 bis}.

Pese a las condiciones que hemos enumerado, es decir, la identidad del bien jurídico, la similitud en la forma de ejecución y la semejanza de tipos realizados, no siempre está dado el factor normativo. Hay tipos que, además de las mencionadas condiciones, exigen la *identidad del titular del bien jurídico afectado*. Suele decirse que esto acontece cuando se trata de bienes jurídicos “personalísimos” o “altamente personales”¹¹⁴, concepto que dista de ser doctrinariamente claro¹¹⁵. Lo cierto es que hay tipos en que instintivamente nos percatamos que la continuación de la conducta requiere la identidad del titular (secuestro, lesiones, violación, estupro, etc.), en tanto que hay otros en que esto no parece ser necesario (hurto, estafa).

Camargo Hernández se adhiere en este punto a la posición de von Liszt, para quien sólo podía haber delito continuado cuando “el bien atacado por el delito y su titular son separables”¹¹⁶. Dice Camargo

¹¹² ALIMENA, BERNARDINO, *I limite e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1809, III, p. 550; también en *Principii*, II, 408.

¹¹³ DE LA RÚA, 766; también SZNICK, VALDIR, *Delito continuado*, São Paulo, p. 42.

^{113 bis} LL, 21-9-78.

¹¹⁴ V. las observaciones de STRATENWERTH, 332; WELZEL, 228-9.

¹¹⁵ Así JESCHECK, 584; STRATENWERTH, 332; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 590; MAYER, HELLMUTH, *Lehrbuch*, 1953, 409.

¹¹⁶ V. la defensa de esta posición en CAMARGO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 66.

Hernández que esta regla es “de indudable interés práctico, además de su valor científico”. Si bien no nos animamos a una afirmación tan rotunda al respecto, creemos que ese es el camino por el que cabe buscar la solución.

Hemos visto que los bienes jurídicos constituyen una relación de disponibilidad de la persona con determinados entes, no siendo los entes mismos. Pues bien: hay ocasiones en que esa relación puede afectarse sin necesidad alguna de alcanzar físicamente a la persona, en tanto que, en otras, la afectación demanda un efecto físico sobre la misma. Para nuestro orden jurídico la “persona” no es “un conjunto de derechos”, pues puede afectárselos independientemente de la persona: la CN declara inviolable la defensa en juicio “de la persona y de los derechos” (art. 18). Creemos —sin perjuicio de reconocer la necesidad de una mayor profundización del problema— que cuando la afectación al bien jurídico implica una ingerencia física en la persona, además de los anteriores requisitos, la unidad de la conducta continuada requiere la identidad del titular del bien jurídico.

En todos los casos en que intuitivamente habíamos visto que la reiteración sólo se daba como continuación cuando mediaba identidad del titular, veremos ahora que son supuestos en los que la persona física del titular debe ser alcanzada por la acción para que se afecte el bien jurídico: tal acontece en la violación, en el estupro, en el secuestro, en las lesiones, etc. Al margen de estos requisitos, suele afirmarse que hay tipos que bajo ningún concepto admiten la continuidad de la conducta. Como ejemplo de tales delitos suele mencionarse al homicidio. Creemos que la razón por la cual el homicidio no admite la continuidad de la conducta, es porque no tolera distintas intensidades de afectación del bien jurídico tutelado, que se destruye o no se afecta en la forma típica.

Sintetizando lo expresado, entendemos que *habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el autor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá pertenecer al mismo titular sólo en el caso que implique una ingerencia en la persona del mismo.*

IV. — EL CONCURSO IDEAL

580. **El concurso ideal propio.** En el concurso ideal o concurso ideal propiamente dicho, hay una única conducta con pluralidad típica, es decir conducta única y tipicidad plural. El supuesto se encuentra contemplado en el art. 54 del código penal. Se trata de un único delito, conforme al principio realista, para el cual un mismo objeto es susceptible de ser desvalorado desde distintos puntos de vista. La circunstancia de que la pluralidad sea solamente de desvalores hace que pueda considerarse al concurso ideal como *un delito* que tiene la peculiaridad de presentar una doble o plural tipicidad.

Si bien ya nos hemos ocupado suficientemente del presupuesto de la concurrencia ideal, es decir, de la unidad de conducta o acto, cabe insistir aquí en que la concurrencia ideal no se determina en función de la simultaneidad de las infracciones típicas. Si mientras alguien está estafando, induciendo en error a la víctima para que le entregue el dinero que guarda en un cajón, aprovecha un descuido de la víctima de la estafa y le hurta la billetera, se tratará de dos acciones simultáneas en concurso real, pero no habrá concurrencia ideal, puesto que faltará el presupuesto de la misma, que es la unidad de la conducta, de la cual la simultaneidad no es más que una de sus manifestaciones o indicios.

No cabe duda que hay concurrencia ideal cuando una misma conducta resulta abarcada por *distintos* tipos penales, pero hay un buen sector de la doctrina que sostiene que hay concurso ideal también cuando una conducta da lugar a la plural concurrencia *del mismo* tipo penal. Esta corriente doctrinaria llama a la primera hipótesis "concurso ideal heterogéneo" y a la segunda "concurso ideal homogéneo". La discusión acerca de la existencia del llamado concurso ideal "homogéneo" carece de trascendencia práctica¹¹⁷, puesto que, si el caso se regula por el art. 54, se graduará la pena dentro de la escala penal más rigurosa, que es la única aplicable, pero al mismo resultado debe llegarse por aplicación del art. 41.

El llamado "concurso ideal homogéneo" es, en realidad, un caso de pluralidad de resultados o, como dice Nuvolone, "un caso de pluralidad de evento consecuente a una sola acción u omisión"¹¹⁸.

¹¹⁷ Cfr. MAURACH, 757-8; aceptan el concurso ideal homogéneo muchos autores: BRUNO, ANÍBAL, II, 291; DAMÁSIO E. DE JESÚS, I, 599; FABBRINI MIRABETE, 135; etc.

¹¹⁸ NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 362; CASTILLO GONZÁLEZ, op. cit., p. 58.

Como casos de concurrencia homogénea, el antiguo Tribunal del *Reich* consideró el de quien en una conversación persuade a cinco personas, con un disparo mata a varias personas, con una palabra injuriosa se dirige a dos personas, con un requerimiento lleva a dos niños a la práctica de actos impúdicos, realiza una acción impúdica ante varios niños¹¹⁹. La redacción de nuestro art. 54 parecería no contemplar la hipótesis, desde que exige *más de una* sanción penal, es decir que estaría previendo el caso en que las sanciones sean diferentes y relegando el otro a las reglas del art. 41. Es verdad que tampoco tiene consecuencia práctica alguna la regla del art. 54 cuando se trata de tipicidad plural con iguales penas conminadas, pero de aquí no puede seguirse que ese artículo contemple el llamado concurso homogéneo¹²⁰.

La concurrencia ideal es perfectamente admisible entre *tipos dolosos y culposos*, como lo demuestra la circunstancia de que el propio código penal prevé y resuelve en forma especial casos en que se opera esta forma de concurrencia, como sucede en las figuras preterintencionales¹²¹.

Creemos que también es factible la *concurrencia ideal de tipos omisivos*, cuando una acción viola dos o más normas enunciadas imperativamente que no se excluyen, como acontecería en el supuesto de quien siendo funcionario de prisión, deja una puerta abierta para que un preso se fugue y otro se vengue dando muerte al alcaide: en una conducta concurren los tipos de homicidio y de favorecimiento. Incluso creemos que puede darse la concurrencia ideal entre *tipos activos y omisivos*: el que encontrando a una persona en peligro se apodera de su billetera realiza un "otro hacer" que a su vez es típico de hurto calificado¹²². Es más dudosa la posibilidad de concurrencia ideal entre *tipos omisivos propios e impropios*, como sería el caso de omisión de auxilio y homicidio por omisión, puesto que el dolo de omisión de auxilio quedaría consumido en la tipicidad homicida. Se trata, más bien, de un concurso ideal impropio o aparente.

El concurso ideal requiere siempre una *acción única*, en la que convenguen tipos penales. Ello supone que haya una identidad de acción, es decir, que la acción sea única, pero para ello, debe entenderse que lo es la *que permanece idéntica en su aspecto objetivo*, quedando claro que la mera coincidencia de finalidad u objetivo no

¹¹⁹ V. JESCHECK, 589; WELZEL ejemplifica con el caso de quien mata a veinte personas con una bomba (p. 232).

¹²⁰ Otra opinión, JESCHECK, loc. cit.

¹²¹ V. supra, § 374.

¹²² Un sector doctrinario no la admite: JESCHECK, 581; STRATENWERTH, 332; la jurisprudencia alemana la aceptó siempre.

es suficiente, como sucede en todo caso en que sea menester decidir sobre la unidad de acción¹²³. La *identidad objetiva de la acción* puede ser *total*, como en el caso en que una conducta —por ejemplo, arrojar una granada— causa muertos, lesiones y daños. Pero también la identidad puede ser *parcial*, porque por conducta se entiende desde que comienza la ejecución hasta que se agota el delito, bastando con que haya cobertura con otro tipo en cualquiera de esos momentos.

Puesto que las lesiones jurídicas que se operan en la concurrencia ideal no tienen por qué provenir de tipos que cubran la misma conducta en su totalidad, bastando con la identidad parcial de las acciones ejecutivas en el tipo objetivo de las leyes penales concurrentes²²⁴, si por ejemplo tenemos en cuenta que la falsificación documental se agota con el uso del documento falso, la utilización del mismo podrá ser una estafa que concorra idealmente con la falsificación¹²⁵. En otros casos, la identidad formal quedará dentro de los límites de la consumación formal: el que paga con dinero falso la mercadería que retira, comete estafa y circulación de moneda falsa en concurso ideal¹²⁶.

Un particular caso de identidad o cobertura parcial se dará en los supuestos de *delitos permanentes*, en que la concurrencia puede tener lugar con actos que tienen por objeto prolongar el estado de permanencia consumativo. A este respecto, hay que hacer algunas distinciones¹²⁷ para evitar caer en una confusión entre concurso ideal por identidad parcial y mera unidad de ocasión, que sólo da lugar a un concurso material o real.

El que teniendo secuestrado a alguien lo injuria, no incurre en la unidad de conducta del concurso ideal, sino en un supuesto del art. 55 (concurso real), porque falta aquí el elemento normativo, que seguiría faltando aún cuando secuestrase para injuriar. No hay ningún criterio normativo que nos permita considerar al secuestro y a la injuria como desvalorados unitariamente. Si la acción tuviera por objeto la prolongación del estado consumativo, el planteo cambiaría totalmente: el que lesiona al secuestrado para impedir que se libere incurre en un concurso ideal. También habría concurrencia ideal cuando el delito permanente fuese el presupuesto necesario para la comisión de otro delito: la tenencia de arma prohibida en la comisión de robo con armas¹²⁸.

¹²³ Cfr. SAMSON, 358.

¹²⁴ Cfr. JESCHECK, 589

¹²⁵ Cfr. WELZEL, 232.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Cfr. MAURACH, 760.

¹²⁸ Cfr. JESCHECK, 580.

Un problema que aún está seriamente discutido, pero acerca del cual hay cada vez mayor acuerdo, es el de la *concurrencia ideal por enganche*. Se trata del caso en que dos tipicidades que entre sí se darían en forma independiente, es decir, en forma de concurrencia real, resultan ambas en concurrencia ideal por identidad parcial con una tercera tipicidad, que asume el papel de gancho conector de ambas. Por ejemplo, entre la tenencia del arma que se usa para consumar un secuestro y las lesiones que, sin emplear el arma, se le causan luego al secuestrado para evitar que huya, no hay ninguna concurrencia ideal, pero, sin embargo, ambas tipicidades concurren idealmente con la de secuestro (la tenencia del arma es parcialmente idéntica —con la tentativa y consumación— y las lesiones con el mantenimiento del estado consumativo). La lesión grave puede concurrir idealmente con la violencia del robo, en tanto que el apoderamiento de la cosa puede causar un daño que concorra idealmente con esa etapa; las lesiones y el daño permanecerían independientes si no fuese porque el robo opera como “gancho”¹²⁹. Lo mismo ocurriría cuando el efecto de “gancho” lo tiene un delito continuado: una estafa continuada puede dar lugar a que uno de sus actos parciales se identifique con uso de moneda falsa y otro con falsificación de cheques¹³⁰. En la jurisprudencia alemana se ha aceptado esta forma de concurrencia ideal, aunque limitándola por apelación a distintos recursos¹³¹, pese a que últimamente se la acepta con mayor amplitud.

El argumento o limitación usado fue que el enganche no podía producirse cuando las tipicidades que se enganchaban eran más graves que la que operaba como “gancho”¹³². En realidad, no aparece clara la razón que puede argumentarse para eludir este enganche, porque no habría fundamento para aceptarlo cuando el “gancho” era más grave y rechazarlo cuando era más leve¹³³. Según esta limitación —que parece carecer de explicación—, en esos casos media una concurrencia ideal del tipo con el que ambas tipicidades más graves se identifican parcialmente y éstas, en tanto que estas últimas permanecen entre sí en concurso real.

581. El concurso ideal impropio o la concurrencia aparente de tipos o leyes penales. La llamada “concurrencia aparente” o también “impropia”, contempla los supuestos en que sólo en apariencia

¹²⁹ SAMSON, 360.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Cfr. MAURACH, 761-2.

¹³² V. HARRO OTTO, 275; BAUMANN, 675; BLEI, 316.

¹³³ Cfr. SAMSON, 361.

dos o más leyes penales concurren, pero que, en realidad, una de las leyes concurrentes excluye a las restantes. En la concurrencia propia las leyes concurrentes no se excluyen, en tanto que en la impropia o aparente, un análisis más cercano revela que una de las leyes excluye la aplicación de las restantes.

El concurso aparente de tipos no está regulado expresamente en la parte general del Código Penal, sino que se resuelve a partir de la interpretación de los tipos en particular. En rigor, la problemática de la concurrencia impropia se compone de una serie de reglas que se aplican para interpretar el contenido de los tipos, o mejor, su alcance¹³⁴. Ello no obsta a que en algunas legislaciones se enuncien principios generales a su respecto en la parte general del Código Penal, cosa que no ha hecho nuestro legislador.

Suele denominarse al concurso aparente o impropio también "conurrencia de leyes", expresión que resulta equívoca, pues en verdad no se opera aquí ninguna concurrencia de leyes, sino precisamente una *no concurrencia*, lo que hace que se le llame también "unidad de ley", por oposición a la "pluralidad de leyes", que operaría en el concurso ideal¹³⁵. En verdad, la expresión "unidad de ley" es mucho más clara y significativa que la de "conurrencia de leyes" y aún la de "concurso aparente de tipos" o de leyes, pero preferimos seguir usando esta última, que es de mayor tradición en nuestra doctrina y jurisprudencia. Puig Peña la llama "colisión de normas penales" y la define como "aquella situación de conflicto que surge en la aplicación de las leyes penales cuando dos o más normas vigentes al momento de verificarse la calificación de una conducta delictiva, regulan esta misma situación de hecho, de forma tal que la efectividad de una de ellas excluye necesariamente la de la otra"¹³⁶. Samson dice más sintéticamente que "bajo el concepto de concurrencia de leyes se abarcan aquellos casos en que al autor, pese a haber llenado los presupuestos de una pluralidad de tipos penales, resulta de la interpretación que no le son aplicables todos los tipos"¹³⁷. Otto dice que "parecen haberse realizado los tipos de varios delitos, pero sólo se aplicará un único tipo de delito, porque éste excluye a los otros"¹³⁸.

La distinción entre la concurrencia ideal y la concurrencia ideal impropia o de leyes parece ser original de Merkel¹³⁹, a cuyo enunciado

¹³⁴ Cfr. BRUNS, *Strafzumessungsrecht, Allg. Teil*, 1967, p. 413.

¹³⁵ Cfr. BOCKELMANN, 239; MAURACH, 750; MAYER, MAX ERNST, op. cit., p. 505.

¹³⁶ PUIG PEÑA, FEDERICO, *Colisión de normas penales. Concurso aparente de leyes punitivas*, Barcelona, 1955, p. 15.

¹³⁷ SAMSON, 352.

¹³⁸ OTTO, HARRO, 275.

¹³⁹ MERKEL, ADOLF, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, pp. 268-9.

siguieron varias monografías ¹⁴⁰. “Se diferencian de la concurrencia ideal de delitos —escribía Merkel— los casos en que se trata de una simple concurrencia de leyes frente a un delito único, es decir, de la concurrencia de varias leyes, todas las cuales comprenden y regulan el delito en cuestión, pero lo hacen de una manera simplemente alternativa, sin que puedan aplicarse todas a la vez” ¹⁴¹.

Sentada la opinión de que la concurrencia impropia o aparente de leyes tiene lugar “cuando de varias leyes que se encuentran sobre una y la misma acción, deba excluirse la aplicación de todas las que excedan de una, mediante reglas científicas de interpretación” ¹⁴², ya hemos tomado con ello una posición frente al alcance que pretende dársele al instituto, es decir, que entendemos claramente que resuelve una cuestión que se plantea sobre la base de una *unidad de conducta* regida por una unidad de ley, o sea que es sólo una “apariencia de concurso ideal”. También es menester precisar esto, en razón de haberse discutido si el concurso aparente de leyes se ocupa de casos en que hay una “unidad de ley”, pero con una pluralidad de conductas.

La cuestión aún se discute. Mientras Maurach, por ejemplo, afirma que siempre se plantea sobre la base de una unidad de conducta ¹⁴³, Jescheck sostiene que puede darse en una pluralidad de conductas ¹⁴⁴.

Es verdad que puede haber unidad de ley en una pluralidad de conductas, pero este no es el problema del concurso aparente de tipos, sino que se trata de supuestos en que la ley resuelve en forma especial casos de concurrencia real. Los casos no serán nada frecuentes —suponiendo que en nuestra legislación haya alguno—, pero allí la “unidad de ley” no eliminaría la concurrencia material o real, puesto que seguiría faltando el elemento final, sino que resolvería especialmente ese concurso real.

Por otra parte, Honig entendió en su tiempo que los hechos anterior y posterior impunes eran casos de pluralidad de acciones con unidad de ley. De esta forma, sostenía que la concurrencia de leyes como caso de unidad de conducta era un sub-grupo de la misma, en tanto que el otro lo configuraban el hecho anterior y el hecho posterior impunes ¹⁴⁵. Veremos que estos fenómenos no alteran la unidad de la conducta.

¹⁴⁰ Por ej., BAUMGARTEN, ARTHUR, *Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, Breslau, 1909.

¹⁴¹ MERKEL, A., *Derecho Penal*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, “La España moderna”, s.f., p. 388.

¹⁴² MAYER, MAX ERNST, op. cit., 1923, 501.

¹⁴³ MAURACH, 750.

¹⁴⁴ JESCHECK, 589.

¹⁴⁵ HONIG, RICHARD, *Straflose Vor- und Nachtat*, Leipzig, 1927, conclusión, I, 1; igual SCHULTZ, II, 106.

La concurrencia impropia o aparente de tipos se despeja acudiendo a tres principios fundamentales, que son los aceptados por la mayoría de los autores: *especialidad*, *subsidiaridad* y *consunción*¹⁴⁶. La tradición agregaba a estos tres principios un cuarto, llamado de "alternatividad". Se decía, por ejemplo, que la "alternatividad existe cuando distintos preceptos jurídicos se comportan, en vista a la protección del mismo bien jurídico, como distintos medios para alcanzar el mismo fin. A la diferenciación de medios responde la imposibilidad de unir las características legales del tipo"¹⁴⁷.

Creemos que puede hoy suscribirse la afirmación de Schmitt, según el cual "no hay otra forma de concurrencia ideal impropia que como especialidad, consunción y subsidiaridad", negándole jerarquía de tal a la "alternatividad", puesto que únicamente puede concebirse que dos tipos permanezcan paralelos y excluyentes como error o defecto legislativo, a cuyo respecto recuerda las palabras de Frank: "Las fallas del legislador no pueden ser tomadas como punto de partida de una teoría general"¹⁴⁸. Fuera del error legislativo, la alternatividad puede mostrarse en la forma de una subordinación con la misma estructura lógica de la especialidad¹⁴⁹.

α) Dos tipos se excluyen en función del *principio de especialidad* cuando uno de ellos abarca las mismas características que el otro y, además, una característica complementaria, que toma en cuenta otro punto de vista. En este caso, el tipo con mayor número de características es especial respecto del otro, que es general¹⁵⁰. Se trata de una relación de *subordinación* de los tipos generales respecto de los especiales, que responde al antiguo principio según el cual la ley especial deroga a la general. Esta relación de subordinación se presenta en la forma de *encerramiento conceptual*: no se concibe el cumplimiento del tipo especial sin el cumplimiento del general.

Esta relación se da en los casos de tipos básicos y calificados, sean agravados o atenuados. Todo tipo calificado será especial respecto del tipo básico. De la misma manera, cuando un tipo consiste

¹⁴⁶ Cfr. WELZEL, 234; MAURACH, 752; JESCHECK, 580; WESSELS, 157; BAUMANN, 677; SAMSON, 352; BLEI, 317; OTTO, 275; BOCKELMANN, 240; MAYER, HELLMUTH, *Grundriss*, 1967, 189-190; MUÑOZ R.-GUERRA DE VILLALAZ, 141.

¹⁴⁷ HONIG, RICHARD, op. cit.

¹⁴⁸ SCHMITT, RUDOLF, *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht*, en ZStW, 1963 (75), pp. 42 a 62 (52).

¹⁴⁹ Cfr. KLUG, ULRICH, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, en ZStW, 1956 (68), pp. 398-416 (414); CASTILLO GONZÁLEZ, p. 34.

¹⁵⁰ Cfr. SAMSON, 352-3.

en la alteración de otro, como sucede en el robo respecto del hurto, el tipo alterado excluye la aplicación del no alterado.

Si bien carece de mayor importancia práctica, se discute la naturaleza del fenómeno que tiene lugar cuando concurren dos o más calificaciones en un mismo hecho (por ejemplo, si se cometiere un robo en despoblado de una cosa que forma parte de un servicio público). Hay casos de concurrencia de calificantes en que la misma opera como agravante (arts. 163 y 184 últimos párrafos). Para algunos autores es posible que se trate de casos de concurrencia aparente por especialidad, tesis que no sería admisible en los supuestos en que opera como agravante y que están contemplados en forma especial. Nos inclinamos a creer que se trata de supuestos de concurrencia ideal, puesto que no hay razón alguna para que uno de los tipos calificados excluya al otro.

La relación de especialidad tiene lugar en los casos en que el propio legislador caracteriza a una tipicidad como *residual*, especialmente mediante el empleo de una *cláusula residual*: "si no resulta otro delito más severamente penado". Estas cláusulas residuales suelen ser el producto de un atolladero o embarazo en que se encuentra el legislador¹⁵¹ y buen número de autores entiende que deben resolverse como supuestos de "subsidiaridad"¹⁵², pero creemos que esto es erróneo, porque desarticula gratuitamente el fundamento unitario de la subsidiaridad, como veremos luego.

β) Así como en los tipos especiales quedan los generales encerrados conceptualmente, lo mismo pasa cuando un tipo encierra al otro materialmente, esto es, lo consume. Esta es la relación de *consunción* que puede tener lugar entre dos tipos, en que uno encierra al otro porque consume el contenido material de su prohibición.

Se distingue claramente de la especialidad porque la relación no es conceptual: puede concebirse perfectamente la tipicidad que resulta aplicable sin que se dé en el caso el supuesto fáctico que resulta consumido. En la especialidad, como el encerramiento es conceptual, no puede concebirse la tipicidad especial sin que abarque la general.

La *relación de consunción* tiene lugar en el caso del *hecho posterior*, que unos llaman "impune" y otros "co-penado", llegando a sostener Maurach que se trata de un hecho posterior amparado por una causa personal de exclusión de pena¹⁵³. Las consecuencias de estas posiciones no son meramente especulativas. Si consideramos

¹⁵¹ Cfr. SCHMITT, RUDOLF, op. cit., p. 50.

¹⁵² Así, BLEI, 318; BOCKELMANN, 240; SAMSON, 353; etc.

¹⁵³ MAURACH, 752.

que se trata de un verdadero "hecho posterior", además de suponer que el concurso aparente no es un supuesto de concurso *ideal* aparente, sino que abarcaría casos de pluralidad de acciones, tendríamos que considerar al partícipe como cómplice o instigador del "hecho posterior", en tanto que si lo consideramos como una forma de agotamiento del "hecho anterior", el partícipe sería únicamente cómplice, pero del hecho único (anterior).

Son casos de consunción del llamado "hecho posterior" la retención indebida (art. 173, inc. 1º) que sigue al ardid que motivó la entrega (estafa, art. 172); el delito de daño en la cosa ajena que tiene lugar después del apoderamiento de la misma; etc. El problema acerca de si es la misma u otra conducta se plantea respecto del partícipe que instiga o coopera en el segundo episodio (la retención, el daño). Si hay unidad de conducta será únicamente cómplice en el delito de hurto o en el de estafa. Si no hay unidad de conducta será instigador o cómplice en el de retención o en el de daño, sin perjuicio de ser encubridor en el de hurto o en el de estafa¹⁵⁴. Dada la posición que hemos adoptado respecto de la concurrencia aparente de tipos y la consideración del agotamiento como unidad de conducta con la agotada, abarcada por la desvaloración típica, nos inclinamos por la solución como complicidad en el llamado "hecho anterior" que, en realidad, es un "hecho único".

Entendemos que el desvalor de la etapa posterior a la consumación, que no tiene más objeto que agotar el contenido prohibitivo o desvalorante del delito, no da lugar a una nueva conducta, sino que es un supuesto más de unidad de la conducta, tal como lo consideramos oportunamente¹⁵⁵.

Otra hipótesis de consunción es cuando el desvalor de una característica eventual de la conducta está ya comprendido o abarcado por el tipo de que se trate. Suele llamarse a este caso "hecho típico acompañante". Tal es el supuesto de las lesiones leves que son producidas por la violencia exigida en el tipo. No se trata de un encerramiento conceptual, sino material o valorativo. Así, resulta claro que el robo con violencia en las personas o la violación, por ejemplo, pueden cometerse sin que haya lesiones leves como consecuencia de la violencia ejercida sobre la persona, pero cuando las haya y no sean más que las emergentes de la violencia que se requiere en el tipo (los rasguños, escoriaciones, marcas o hematomas de ligaduras, hematomas producidas para reducir a la víctima, etc.), no se trata más que del resultado de una característica que está requerida en la tipicidad que consume.

¹⁵⁴ Así lo consideró la jurisprudencia alemana (cfr. SAMSON, 356).

¹⁵⁵ Hipótesis "d", considerada en el § 577.

Lo mismo tiene lugar con la privación de libertad pasajera, que sólo es la necesaria para posibilitar la fuga de los autores del robo y que queda abarcada por la lesión a la libertad que deviene de la intimidación.

Hay otros "hechos típicos acompañantes" que quedan consumidos en la tipicidad aplicable en función del principio de insignificancia ¹⁵⁶. Son casos de consunción, pero no opera allí la consunción por las mismas razones que en el caso anterior. Así, Jescheck afirma —con razón— que hay consunción cuando en el homicidio tiene lugar un daño en las cosas ¹⁵⁷. Es verdad, pero si reparamos atentamente en la razón por la que se opera la consunción, veremos que son distintas en los ejemplos dados del homicidio y del robo.

En el caso del robo, está claro que el legislador agrava la configuración del delito que afecta la propiedad, porque también la violencia afecta la libertad o la integridad física, por peligro o por pequeña lesión, es decir, que la pequeña afectación lesiva de los bienes jurídicos integridad física y libertad, junto a la mayor afectación de los mismos por peligro, ya integra la tipicidad conglobante del robo. En el homicidio se opera la consunción pero no creemos que sea porque el tipo abarque el daño, porque resulta inconcebible que el tipo de homicidio lo tome como uno de sus elementos o caracteres, aunque sea en sentido material. Más bien, lo que sucede, es que el tipo de homicidio *desplaza* la tipicidad legal del daño consistente en la perforación de las ropas de la víctima o en la inutilización del vino de propiedad de la víctima por efecto de la acción del envenenador. Se trata de una lesión que queda atípica por insignificante, frente a la magnitud de la lesión cometida en la tipicidad consumidora.

De cualquier forma, la consunción tiene los mismos efectos que la del "hecho típico acompañante" común, aunque su mecanismo de producción sea diferente.

γ) El tercer principio por el que puede resultar excluida la aplicación de un tipo es el llamado *principio de subsidiaridad*. La subsidiaridad y sus efectos deben ser cuidadosamente caracterizados, en razón de lo discutible de la misma y de la frecuente confusión conceptual que reina en derredor del concepto. Para nosotros, la subsidiaridad es el *fenómeno jurídico-valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa*

¹⁵⁶ Cfr. *supra*, § 413.

¹⁵⁷ Cfr. JESCHECK, 583.

del bien jurídico interfiere a la que abarcaba una afectación de menor intensidad.

a) En líneas generales, nuestro concepto coincide con el de Honig, según el cual "existe subsidiaridad si diferentes preceptos jurídicos tutelan el mismo bien jurídico en diferentes grados de afectación. La determinación penal subsidiaria no tiene aplicación después de la realización de la primaria, porque aquélla, pese a haber tenido lugar en forma necesaria, como grado menos peligroso de afectación, queda fuera de consideración como menos significativa"¹⁵⁸.

b) Pese a ello, Honig consideraba que la subsidiaridad supone dos conductas. Max Ernst Mayer, unos años antes, había dividido las hipótesis que luego se consideraron todas como de subsidiaridad, entre el concurso real aparente y el concurso ideal aparente, llamando "subsidiaridad" sólo a la primera (concurso real aparente). Mayer consideraba, pues, que en la subsidiaridad hay una pluralidad de acciones y, por consiguiente, la definía como "las varias acciones que se encuentran en la ley en una relación de rango tal que una permanece impune si la otra es punible". Como ejemplo daba "el caso de quien habiendo resuelto un duelo por las armas, no puede ser penado por provocación al duelo. En lugar, no llamaba "subsidiaridad" al caso de dos leyes que recaían sobre una misma conducta, considerando que estos casos eran concursos ideales aparentes. Así, como concurso ideal aparente, preveía el supuesto en que una acción que cae bajo una causa de extención de pena, "es subsidiariamente punible, porque previamente lo es el delito consumado o la autoría; las acciones preparatorias son subsidiariamente punibles porque primariamente lo son las de ejecución; el aprovechamiento de un estado producido por un delito es punible subsidiariamente porque primariamente lo es la producción del estado"¹⁵⁹.

c) En la actualidad, la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que en la subsidiaridad media una unidad de conducta y que la misma abarca tanto el supuesto en que la ley subordina su aplicación a la inaplicabilidad de otra —caso que hemos considerado de especialidad—, como el supuesto que nosotros consideramos único de la subsidiaridad, es decir, el descarte de la tipicidad correspondiente a la afectación de intensidad menor. A la primera "subsidiaridad" (que nosotros consideramos especialidad), se la llama subsidiaridad "expresa"¹⁶⁰ o formalmente determinada¹⁶¹. La admisión de esta especialidad como forma de la subsidiaridad hace que este principio carezca de unidad conceptual, puesto que, es escindido en una forma "material" y otra "formal"¹⁶², parece una amalgama de dos criterios autónomos arbitrariamente reuni-

¹⁵⁸ HONIG, RICHARD, *Straflose Vor-und Nachtat*, Leipzig, 1927, Nachwort.

¹⁵⁹ MAYER, MAX ERNST, op. cit., 1923, pp. 512-513.

¹⁶⁰ Así JESCHECK, 601; SAMSON, 353; BLEI, 318; etc.

¹⁶¹ Así BOCKELMANN, 240.

¹⁶² Así, JESCHECK, 581.

dos bajo un rótulo único. Samsom comienza su tratamiento, confesando que no responde a un punto de vista común ¹⁶³.

d) Otro sector doctrinario hace aún más heterogéneo el concepto de subsidiaridad, puesto que rechaza la consunción como principio independiente. Así, Klug entiende que sólo hay dos constelaciones lógico-conceptuales para la concurrencia de leyes, que son la interferencia (cruzamiento) y la subordinación (encerramiento), admitiendo sólo dos formas fundamentales de concurrencia aparente: especialidad en la subordinación y subsidiaridad en la interferencia de tipos legales ¹⁶⁴.

Estas opiniones divergentes y la idéntica denominación que suele darse a conceptos diferentes nos deben alertar sobre la complejidad del problema y la necesidad de precisar los conceptos.

Hemos visto que en la especialidad hay un "encerramiento" formal en tanto que en la consunción hay un "encerramiento" material de una tipicidad en la otra. Como es natural el "encerramiento" de una tipicidad importa su interferencia. En la medida en que una tipicidad permanece "encerrada" se halla interferida. En cualquier caso, si los caracteres típicos que determinaron el encerramiento no son antijurídicos, culpables o punibles, van cayendo y se van descubriendo liberando el efecto de la tipicidad que estaba encerrada siempre que respecto de ella haya antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. La cobertura o encerramiento, conceptual o material que la interfería, habrá de cesar. En la subsidiaridad hay también una interferencia, pero con la característica de que *no opera por encerramiento, sino por progresión*.

La tipicidad subsidiaria no queda descartada, sino solamente interferida por la punibilidad de la misma como hipótesis delictiva. Si tal hipótesis no se configura, la tipicidad subsidiaria deja de estar subsidiada y opera como otra hipótesis delictiva. En tanto que este fenómeno puede darse cuando en los otros principios la punibilidad de la tipicidad "encerrante" o "envolvente" se inhibe, sin que pase lo mismo con la de la tipicidad "encerrada", aquí el fenómeno se da cuando la tipicidad reemplazada o subsidiada pasa a primer plano por inhibición de la punibilidad de la tipicidad que corresponde al grado de afectación típica interferente.

Dicho más sintéticamente: creemos que hay interferencia de la tipicidad apartada en los tres casos, porque las tres formas o principios de las relaciones típicas tienen como consecuencia el fenómeno de la interferencia, pero en tanto que en la especialidad se pro-

¹⁶³ SAMSON, 353.

¹⁶⁴ KLUG, ULRICH, op. cit. en ZStW (68), pp. 398 a 416 (414); igual SCHÖNKE-SCHRÖDER, 609.

duce por un encerramiento conceptual, en la consunción se opera por un encerramiento material y *en la subsidiaridad por una progresión de la afectación típica.*

La idea según la cual sólo hay dos formas de concurrencia aparente, admitiendo como tal a la especialidad y a la subsidiaridad, sería correcta si olvidamos que el tipo no es un concepto meramente formal, sino que demanda un contenido material, que está dado por la afectación del ente que es presunto objeto de tutela jurídica. *Recién cuando contemplamos este requerimiento material de la tipicidad vemos que junto a la forma de encerramiento conceptual —especialidad— hay una forma de encerramiento material, y que desde un punto de vista material, también aspecta una forma diferente la subordinación que tiene lugar por una cobertura formal que apunta a otros puntos de vista, que la operada por una cobertura material que responde también a combinaciones con distintos objetos de tutela, y que ambas se distinguen nítidamente de la cobertura que se opera sólo por intensificación de la afectación del mismo bien jurídico.*

La *especialidad* tiene lugar cuando un tipo que apunta a combinar la tutela con la de otros objetos abarca conceptualmente al tipo desplazado; la *consunción* cuando en caso similar al anterior abarca materialmente la tipicidad que eventualmente puede darse; la *subsidiaridad* cuando la tipicidad que tutela el mismo bien jurídico desplaza a la que abarca un grado menor de afectación.

Conforme a lo dicho, la subsidiaridad abarca el supuesto del llamado "*hecho anterior impune*", que comprende los casos en que las etapas posteriores del *iter criminis* desplazan a las anteriores. Así, quedan en posición subsidiaria los actos preparatorios tipificados respecto de los actos ejecutivos, siempre que no excedan en ningún sentido el objeto de la tutela. Los actos ejecutivos quedan subsidiados por el delito consumado. La complicidad queda subsidiada por la instigación y, ambas, por la autoría. La comisión culposa queda subsidiada por la dolosa.

En general, el criterio valorativo rector respecto de qué es lo subsidiado se extrae de la cuantía penal, que es indicadora del grado de afectación. Se entiende que el grado de afectación más intenso es el que está conminado con pena más grave y, por consiguiente, es el que desplaza a los menos graves. Por supuesto que en cada caso habrá que establecer antes que la escala penal no se halle alterada por alguna referencia a la culpabilidad.

Aunque la problemática planteada por la *elección alternativa de la tipicidad penal (Wahlfestellung)* tiene una incuestionable trascendencia procesal, no cabe pasar por alto sus aspectos penales de fondo, que apuntaremos brevemente. Este fenómeno tiene lugar cuando en el plenario (o juicio en sentido estricto), agotados todos los medios probatorios, el tribunal tiene la certeza de que el procesado ha incurrido en una tipicidad, pero no puede establecer con seguridad en cuál, pues por insuficiencia de prueba se le presentan dos o más en forma alternativa o excluyente. Tal es el caso de la alternativa entre robo o encubrimiento, por ejemplo ¹⁶⁵.

Aunque a primera vista parezca esto una cuestión procesal, lo cierto es que tiene una lógica y necesaria implicancia penal, puesto que la necesidad de determinación del tipo y de la tipicidad es la que funda en el derecho procesal penal el principio *in dubio pro reo* ¹⁶⁶ y, lo cierto es que cuando se ha probado insuficiencia de hecho, de modo que si no configura una tipicidad A configura una tipicidad B, en verdad, haciendo operar el principio *in dubio pro reo*, respecto de cada una de ellas aisladamente, no está determinada ni la tipicidad A ni la tipicidad B. Por ello, el manejo arbitrario e ilimitado de esta elección alternativa puede traducirse en una violación al principio de legalidad, porque en definitiva se estaría condenando sin individualizar legalmente la tipicidad por la que se impone la pena.

De allí que en la jurisprudencia alemana del antiguo tribunal del *Reich* se había limitado mucho esta posibilidad, y que en 1935, en consonancia con el desprecio por el principio de legalidad, se la introdujera sin restricciones, reformando la ordenanza procesal, reforma que quedó sin efecto en 1946

Por cierto que tanto el rechazo absoluto de la posibilidad de establecer la tipicidad en forma alternativa, como su admisibilidad sin límite alguno, son dos posiciones extremas que no pueden admitirse ¹⁶⁷, puesto que el primero descuida cualquier consideración racional desde el punto de vista político-criminal, en tanto que el segundo afecta muy seriamente la seguridad jurídica. No cabe duda que es inadmisibles que un sujeto pueda por esta vía ser condenado por estafa cuando la tipicidad alternativa era la de complicidad en aborto (caso admitido en Alemania en vigencia de la reforma de 1935), pero también resulta absurdo que cuando no se sepa si el delito se consumó o quedó en grado de tentativa, se pretenda absolver al autor.

No corresponde aquí que tratemos los aspectos procesales del problema, tales como si es precedente o no una acusación alternativa. Respecto de ellos creemos, en general, que si el supuesto fáctico que configura la alternativa o da base para la misma, no se ha introducido al debate, no hay posibilidad alguna de condenar, porque al no haber existido posibilidad de argumento defensivo, se estaría condenando sin el debido proceso legal. Pero, lo que nos preocupa, porque tiene un incuestiona-

¹⁶⁵ V. RUDOLPHI, 369.

¹⁶⁶ Cfr. BLEI, 35.

¹⁶⁷ MAURACH-ZIPP, 139-140.

ble fondo material, es si aún introducido al debate el supuesto fáctico, la elección alternativa puede tener lugar ilimitadamente entre cualquier clase de tipos.

Se han señalado distintos supuestos de esta forma de individualización alternativa ¹⁶⁸. 1) Un supuesto es la *alternatividad fáctica* (dos declaraciones testimoniales contradictorias en distintos momentos: es falsa la primera o lo es la segunda). La solución es eminentemente procesal y no vemos inconveniente alguno en la medida en que ambas posibilidades fuesen introducidas al debate. 2) Otro es el de la *relación lógico-conceptual escalonada*, que hace al derecho material y es perfectamente admisible, estableciéndose tal relación, aunque sólo se hubiese deducido acusación por la tipicidad más grave (homicidio calificado y simple; robo y hurto; violación y coacción; consumación y tentativa; etc.) 3) Casos en que media una *relación escalonada normativa*, en la cual, si bien no hay un escalonamiento conceptual, lo hay en cuanto al grado de intensidad de la imputación ¹⁶⁹, y que —pese a haber sido objetada como analógica ¹⁷⁰— la creemos admisible, aunque sólo hubiese mediado acusación por la atipicidad más grave (son las alternativas entre el dolo y la culpa, preterintención y culpa, autoría y participación, complicidad primaria y secundaria, instigación y complicidad). 4) Por último, nos parece admisible, siempre que se lo hubiese introducido en el debate, la elección alternativa *entre el hecho anterior y el posterior co-penado*.

No nos parece que sea ampliable a otros supuestos diferentes, para lo cual se han ensayado criterios que, en definitiva, son pocos claros y, por ende, sumamente arbitrarios. Algunos autores han sostenido la necesidad de que ambas tipicidades sean comparables en sentido ético-jurídico y psicológico. Otros exigen una identidad del “núcleo del injusto”, expresión que no es unívoca, puesto que para unos se traduce en la identidad de bien jurídico y para otros en un disvalor equivalente de la acción. Rudolphi sostiene que es admisible sólo cuando son sustancialmente iguales la forma y el ámbito del contenido criminal injusto del hecho ¹⁷¹.

¹⁶⁸ V. RUDOLPHI, 377; JESCHECK, 115.

¹⁶⁹ V. BAUMANN, 166.

¹⁷⁰ Así, MAURACH, 95.

¹⁷¹ RUDOLPHI, 382.